

GAII INSTITVTIONVM.

LA INSTITUTA DE GAYO.

GAII

INSTITVTIONVM

COMENTARIOS IV

IN CODICE RESCRIPTO BIBLIOTHECAE CAPITULARIS VERONENSIS
NUPER REPERTARUM.

MATRITI:
TYPIS SOCIETATIS LITERARIÆ ET TIPOGRAFICÆ.
MDCCCXLV.

LA INSTITUTA

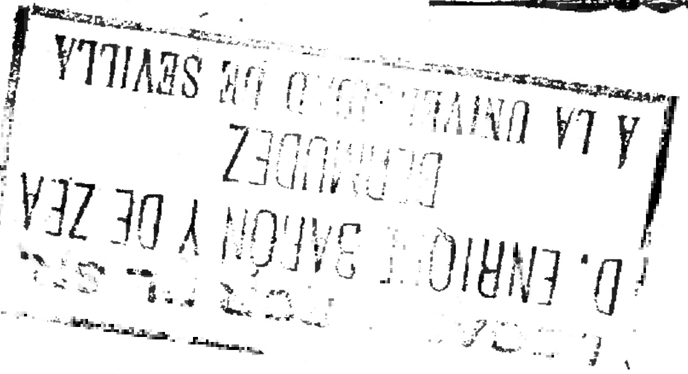
DE GAYO,

DESCUBIERTA RECIENTEMENTE EN UN PALIMPSECTO DE LA BIBLIOTECA CAPITULAR DE VERONA.

TRADUCIDA POR PRIMERA VEZ AL CASTELLANO

con notas que facilitan la inteligencia del testo.





MADRID.

IMPRENTA DE LA SOCIEDAD LITERARIA Y TIPOGRAFICA,
CALLE DE LA MANZANA, NUM. 14.

1845.

ADVERTENCIAS.

Las letras, palabras y frases impresas en letra cursiva indican otras tantas faltas del manuscrito suplidas de esta manera. Las que no han podido serlo de modo alguno, van señaladas, ora con estrellitas (*) que ocupan el lugar de una letra, ora con divisiones de diversa estension. Las mas pequeñas (—) representan un espacio de tres letras poco mas ó menos. Cuando la interrupcion del manuscrito es de un renglon entero, se designa con cuatro divisiones mayores (————). No obstante, algunas veces denotan estas últimas claros mas considerables, pero entonces hemos determinado con precision en un paréntesis el número de renglones ó de páginas que por desgracia faltan.

La obra contiene dos clases de notas: 1.ª las referencias de cada párrafo á los pasajes de otros autores que puedan ilustrar el testo de nuestro jurisconsulto, las cuales hemos sacado de la edicion alemana é insertamos al pie de cada página: 2.ª notas esplicativas que, para distinguirlas de las precedentes, estan colocadas á continuacion del comentario respectivo.

PREFACIO DEL TRADUCTOR FRANCÉS.

APENAS conocíamos otra cosa de la Instituta de Gayo, que lo contenido en el *Breviarium Alaricianum* ó *Aniani* (1), cuando en 1816 Niebuhr, el célebre historiador, descubrió aquella obra preciosa en un Palimpsecto de la biblioteca del cabildo de Verona. Bekker, Holweg y Goeschen sacaron despues una copia del códice veronense, la cual impresa por la solicitud del último, fué publicada la vez primera en 1820 con el título de *Gaii Institutionum Commentarii IV, è codice rescripto bibliothecae capitularis Veronensis auspiciis regiae Scientiarium Academiae Borussicae nunc primum editi*, *Berol. imp. Reimer.* En el prefacio de la obra refiere el sábio profesor prolijamente las circunstancias del descubrimiento, y las increibles dificultades que ofrecia la lectura del manuscrito, vencidas sin embargo á fuerza de trabajo y de paciencia (2).

En 1822 algunos profesores de la Facultad de Derecho de París introdujeron en Francia este descubrimiento, publicando los Comentarios de Gayo en la *Ecloga juris civilis.*

El mismo profesor Goeschen, valiéndose de los trabajos de Bluhme en su viaje á Verona, dió en 1824 una segunda edicion de su obra con adiciones y cambios muy notables. Esta edicion *princeps* que presenta á Gayo de una manera definitiva y tal como al parecer quedará siempre, ha servido de modelo para la que ahora publicamos; si bien nuestra edicion, tan correcta como la alemana, reune además el mérito de una bella ejecucion tipográfica.

Finalmente, en 1825 un librero de Leipsick imprimió una

(1) Véase á *Schulting*, jurisp. antej., p. 1; y el *Jus civile antej.* de Berlin. (Conf. *Haubold*, Inst. litt., t. I, p. 278.)

(2) Todos estos pormenores, en estremo curiosos, que muestran hasta qué punto están animados los sábios de Alemania por el amor de la ciencia, se encuentran tambien en el informe presentado á la Academia de Berlin el 6 de noviembre de 1817 acerca del descubrimiento del manuscrito (puede verse la traduccion francesa de dicho informe, *Themis*, t. I, p. 287 y siguientes).

edicion clásica de estos mismos comentarios; pero es de sentir que omita en ella las escelentes notas de Goeschen, y que prefiera la ortografía moderna á la del manuscrito.

Desde la aparicion de Gayo, los sábios se aprovecharon con empeño de los nuevos conocimientos que este hallazgo ofrecia: publicáronse disertaciones en todos los paises (1); y seguramente ningun libro ha hecho jamás una revolucion mas notable en la enseñanza del derecho romano. Sin embargo, preciso es decirlo, la Francia, no tan pronta como la Alemania á entusiasmarse por la ciencia, admitió con mas dificultad en la práctica el nuevo descubrimiento. Pero al cabo nuestro Pothier moderno, M. Tullier, acaba de reconocer la autoridad de Gayo, apoyándose en ella; y de esperar es que la Francia no quedará atrás de la Alemania, los Paises Bajos, la Rusia, la Suecia y la Escocia, donde ya Gayo es enseñado, como se enseñaba en Roma antes que Justiniano, segun él mismo lo confiesa (2) hubiese compuesto su propia Instituta por la de aquel jurisconsulto.

En cuanto á mí, he emprendido la traduccion de estos comentarios en el convencimiento de ser este el medio mas eficaz de propagar la circulacion de una obra tan interesante, y no porque juzgase que una version, por esmerada que sea, puede nunca suplir por el testo mismo. Sin duda desearíamos que los alumnos no necesitasen de semejante ayuda; pero ya que es del todo indispensable á muchos, vale mas que estudien á Gayo, no diré en la traduccion, sino por medio de ella, que dejar de hacer un estudio tan importante.

(1) Sobre los escritos de Gayo véanse: *Antonio Cabrera de Avendaño* Interpretatio ad jurisconsultum Caium, lib. I, ad leges XII, tabb. Madriti, 1638. *Franc. Car. Conradi*, Obs. de vera aetate Caii iurisconsulti; in Actis Erudit. 1727, m. febr., p. 59—67. *Eiusdem*, Pr. de Caii Libris rerum quotidianarum sive aureorum. Viteb. 1728, 4. et lib. I. Parergor. num. 7, p. 113—143. *Eiusdem*, Vindicia observationum de vera Caii aetate; lib. II. Parergor, num. 5, p. 279—292. *Maiansi*, lib. IV, Epistol. II, p. 185—191, ed. Lips. *Hugo*, Diatr. Caius, ein Zeitgenosse Caracallas; in civilist. Magazin, B. II, Heft III, p. 358—378. *Dirksen*, lib. I, p. 109—114. *Goeschen*, sobre las *res quotidianae* de Gayo, in der Zeitschrift für gesch. Rw., t. I, p. 54—77. *G. A. H. Dittmar*, Spec. I, de nomine, aetate, studiis ac scriptis Gaii Iurisconsulti Romani. Leips. 1820. *G. Fr. Puchta*, civil Abandl., n.º 4. *Ed. Ganz Scholien* zum *Gaius*, Berlin, 1821. *H. R. Brinckmann*, notae subitaneae ad Gaii Institutionum Comentarios. Slesvici et Lips. 1821. *Everardi Dupont*, disquisitiones in comentarium IV Institutionum Gaii recenter repertarum. Lugd. Batav. 1822. *Unterholzner*, conjecturae de supplendis lacunis quae in Gaii Institutionum Comentario quarto occurrunt. Vratislav. 1823. *Themis*, t. I, p. 287 et t. VI *E. Schrader*, Was gewinnt, die Romisc. Rechtsg. durch Gaius, etc. Heidelberg, 1823. *Burnouf, de re judicata*, París, 1824. *Promptuarium Gaianum*, sive doctrina et latinitas, quas Gaii Institutiones et Ulpiani fragmenta exhibent, in alphabeti ordinem redactae. Goett., 1824, *Van Eerde*, *Specimen Juridicum de legis actionibus*. Gron., 1824. *Van Swinderen*, Comment. ad Gaii, I, p. 1. Gron., 1823. *Aug. Bethmann Holweg*, Disertatio de causae probatione (Berolin, 1820).

(2) Véase el *Proemium* de la Instituta de Justiniano: *Quas ex omnibus Antiquorum Institutionibus, et praecipue ex* COMMENTARIIS GAII NOSTRI.... *compositas*, etc.

A pesar del nombre célebre que en la antigüedad alcanzó nuestro autor, precisamente es el jurisconsulto romano de quien se tienen menos noticias. La época misma en que floreció ha sido objeto de una profunda discusion, queriendo algunos que haya nacido en tiempo de la república, mientras otros lo suponen contemporáneo de Justiniano. Schulting en su jurisp. vetus espone y discute todas estas diversas opiniones. Hasta hace poco aun vacilábamos entre la época de Adriano y la de Caracalla (1), cuya última opinion adoptó el célebre Hugo. En fin, Dittmar, examinados los fundamentos de estos pareceres en su disertacion *de nomine, aetate, studiis, ac scriptis Gaii*, concluye por decidir que Gayo nació en tiempo de Adriano; comenzó á escribir al fin del reinado de Antonino Pio; la época de su mayor celebridad fué durante Marco Aurelio, y es verosimil que su muerte acaeciera imperando Commodo.

(1) Véase el prefacio de las Pandectas de Pothier.

GAII

INSTITVTIONVM.

COMENTARIUS PRIMUS.

LA INSTITUTA
DE GAYO.
COMENTARIO PRIMERO.

GAII

INSTITVTIONVM

COMMENTARIVS PRIMVS.

I. De *iure gentium et * ciuili.* §. 1. *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. nam quod quis**que populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius ciuile, quasi ius proprium ip**sius ciuitatis; quod uero naturalis** ratio inter omnes homines constituit, id aput omnes populos peraeque custoditur, uocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. quae singula qualia sint, suis locis proponemus.

§. 2. Constant autem iura ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, constitutionibus Principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium. §. 3. Lex est, quod populus iubet atque constituit: plebiscitum est, quod plebs iubet atque constituit. plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi ciues significantur, connumeratis et*iam* patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri ciues significantur.

§. 1. *Omnes — — — gentes utuntur.* L. 9, de just. et jur. inscripta: Gajus Libro. I. Institutionum. §. 1. I. de jur. natur. gent. et civ. *Populus itaque*, etc. cit. §. 1. I.

§. 2. Conf. §. 3. I. de jur. natur. gent. et civ.

§. 3. *Plebs autem — — — ceteri ciues significantur.* §. 4. I. de jur. natur. gent. et civ. conferenda etiam ad reliquum hujus articuli argumentum. Conf. præterea Gellius, Lib. X. cap. 20. Festus, sub vocib. Populi, Scitum, Scita. *plebis autem appellatione — significantur.* Conf. L. 238. pr. de verb. signif. (e Nostri Commentar. ad Leg. XII. Tab.) *Vnde olim patricii* etc. Conf. Theophilus, 1, 2, §. 5. Gellius, Lib. XV, cap. 27. Pomponius, L. 2. §. 8. de orig. jur. Plinius, Hist. Nat. Lib. XVI, cap. 10.

LA INSTITUTA DE GAYO.

COMENTARIO PRIMERO.

DE LAS PERSONAS.

TITULO PRIMERO.

Del derecho y de su division.

I. DEL DERECHO DE GENTES Y DEL DERECHO CIVIL. §. 1. *El Derecho, en todos los pueblos regidos por leyes y por costumbres, es en parte propio y peculiar de ellos y en parte comun á todos los hombres.* Por eso el derecho que cada pueblo se dá á sí mismo es propio suyo, y se llama derecho civil, cual si dijéramos derecho de la ciudad. Aquel, empero, que la razon natural ha constituido entre los hombres, lo observan igualmente todos los pueblos y se llama derecho de gentes, esto es, derecho comun á todas las naciones. De consiguiente el pueblo romano reconoce á la vez un derecho que le es propio, y un derecho comun á todos los hombres; lo cual espondremos con la debida distincion en los respectivos lugares.

§. 2. Consta la jurisprudencia romana de leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones de los príncipes, edictos de los magistrados que tienen el derecho de publicarlos, y respuestas de los jurisconsultos (*responsa prudentium*).

§. 3. Llámase ley lo que el pueblo (*populus*) ordena y establece: plebiscito lo ordenado y establecido por la *plebs* (los plebeyos). *Populus* difiere de *plebs* en que por *populus* se entiende la universalidad de los ciudadanos, inclusos tambien en ella los patricios; y por el contrario la palabra *plebs* designa los ciudadanos

Vnde olim patricii dicebant, plebiscitis se non teneri, quia sine auctoritate eorum facta essent. sed postea lex Hortensia lata est, qua cautum est, ut plebiscita universum populum tenerent. itaque eo modo legibus exaequata sunt. §. 4. Senatusconsultum est, quod senatus iubet atque constituit. idque legis uicem optinet; quamuis fuit quaesitum. §. 5. *Con*stitutio Principis est, quod Imperator decreto, uel edicto, uel epistula constituit. nec unquam dubitatum est, quin id legis uicem optineat, cum ipse Imperator per legem imperium accipiat. §. 6. Ius autem edicendi habent magistratus populi romani. sed amplissimum ius est in edictis duorum Praetorum, urbani et peregrini: quorum in provinciis iurisdictionem Praesides earum habent. item in edictis Aedilium curulium: quorum iurisdictionem in prouinciis populi Romani Quaestores habent; nam in prouincias Caesaris omnino Quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his prouinciis non proponitur. §. 7. Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrant, id quod ita sentiunt, legis uicem optinet; si uero dissentiunt, iudici licet, quam uelit, sententiam sequi: idque rescripto diui Hadriani significa*tur*.

II. De iuris diuisione. §. 8. Omne autem ius, quo utimur, uel ad personas pertinet, uel ad res, uel ad actiones. sed prius uideamus de personis.

III. De conditione hominum. §. 9. Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut serui. §. 10. Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini. §. 11. Ingenui sunt, qui liberi nati sunt; libertini, qui ex iusta seruitute manumissi sunt. §. 12. Rursus libertinorum (*tria sunt genera: nam aut ciues Romani, aut Latini, aut dediticiorum*) numero sunt. de quibus singulis dispiciamus; ac prius de dediticiis.

§. 4. Conf. §. 5. I. de jur. natur. gent. et civ.

§. 5. Conf. Vlpianus, L. 1. pr. et §. 1. de const. Princip. §. 6. I. de jur. natur. gent. et civ. *cum ipse Imperator* etc. Conf. L. 3. C. de testam. (Alexand.) Const. Deo auctore. §. 7.

§. 6. *Ius autem edicendi — — — Aedilium curulium.* Conf. §. 7. I. de jur. natur. gent. et civ.

§. 7. Conf. §. 8. I. de jur. natur. gent. et civ. in quam ad verbum fere translatum est hujus loci principium: *Responsa — — condere.* Conf. praeterea Pomponius, L. 2. §. ult. de orig. jur. Seneca, Epist. 94. pag. Bip. 398. in fin.

§. 8. *Omne — — actiones.* L. 1. de stat. hom. inscripta: Gajus Libro I. Institutionum. pr. I. de jur. person. *sed prius* etc. cit. pr. I.

§. 9. L. 3. de stat. hom. inscripta: Gajus Libro I. Institutionum. pr. I. de jur. person. Conf. Epitome, I, 1, pr.

§. 10. Conf. §. ult. I. de jur. person. Epitome, I, 1, pr.

§. 11. Conf. Epitome, I, 1, pr. *Ingenui — nati sunt.* Conf. pr. I. de ingen. *libertini* etc. L. 6. de stat. hom. inscripta: Gajus Libro I. Institutionum pr. I. de libert.

§. 12. Conf. Epitome, I, 1, pr. Vlpianus, Fragm. I, §. 5. §. ult. I. de libert.

todos, menos los patricios. Por cuya razon estos pretendieron antiguamente no estar sujetos á los plebiscitos, puesto que su autoridad no intervenia en ellos. Mas despues la ley Hortensia dispuso que los plebiscitos obligasen á todo el pueblo romano; y de este modo quedaron equiparados á las leyes y con la misma fuerza.

§. 4. Senadoconsulto es lo que el senado ordena y establece. Los senadoconsultos tienen fuerza de ley, por mas que algunos lo hayan puesto en duda.

§. 5. La constitucion del príncipe es lo que el Emperador establece por decreto, edicto ó rescripto. Jamás se ha dudado que las constituciones tienen fuerza de ley, pues el emperador mismo obtiene el imperio en virtud de una ley.

§. 6. Los magistrados del pueblo romano tienen el derecho de publicar edictos. Este derecho es latísimo en los edictos de los dos pretores, el pretor urbano y el pretor extranjero (*peregrinus*), cuya jurisdiccion ejerce en las provincias el presidente. Vemos tambien el mismo derecho en los edictos de los Ediles Curules, á quienes reemplazan los cuestores en las provincias del pueblo romano; porque á las del César no se envian cuestores, y por lo tanto el edicto de los Ediles no existe en ellas.

§. 7. Las respuestas de los jurisconsultos (*responsa prudentium*) son las decisiones y pareceres de aquellos á quienes se ha concedido la facultad de decidir en derecho. Si son unánimes en sus opiniones, lo que ellos deciden obtiene fuerza de ley; pero si disienten, entonces el juez puéde seguir el parecer que quisiere: así consta de un edicto del emperador Adriano.

II. DIVISION DEL DERECHO. §. 8. Todo el derecho vigente entre nosotros, tiene por objeto ó las personas, ó las cosas, ó las acciones. Tratemos primero del derecho concerniente á las personas.

TITULO II.

De la diferencia entre los hombres libres y los esclavos, y entre ingénuos y libertinos.

III. CONDICION DE LOS HOMBRES. §. 9. La division mas general del derecho de las personas es esta: los hombres son libres ó esclavos.

§. 10. Entre los hombres libres unos son ingénuos y otros libertinos.

§. 11. Son ingénuos los que han nacido libres, y libertinos los manumitidos de justa esclavitud.

§. 12. Además los libertinos se dividen en tres clases; porque ó son ciudadanos romanos, ó latinos ó dediticios. Examinemos cada clase en particular y ante todo á los dediticios.

IIII. De dediticiis uel lege Aelia Sentia. §. 13. Lege itaque Aelia Sentia cauetur, ut qui serui a dominis poenae nomine uincti sint, quibusue stigmata inscripta sint, deue quibus ob noxam quaestio tormentis habita sit et in ea noxa fuisse conuicti sint, quique *ut* ferro aut cum bestiis depugnarent traditi sint, inue ludum custodiamue coniecti fuerint, et postea uel ab eodem domino uel ab alio manumissi, eiusdem condicionis liberi fiant, cuius condicionis sunt peregrini dediticii. V. De peregrinis dediticiis. §. 14. Vocantur autem *sic*, qui quondam aduersus populum Romanum armis susceptis pugnauerunt, et deinde uicti se dediderunt. §. 15. Huius ergo turpitudinis seruos quocumque modo et cuiuscumque aetatis manumissos, etsi pleno iure dominorum fuerint, nunquam aut ciues Romanos, aut Latinos fieri dicemus, sed omnimodo dediticiorum numero constitui intellegemus.

§. 16. Si uero in nula tali turpitudine sit seruus, manumissum modo ciuem Romanum, modo Latinum fieri dicemus. §. 17. Nam in cuius persona tria haec concurrunt, ut maior sit annorum triginta, et ex iure Quiritium domini, et iusta ac legitima manumissione liberetur, id est, uindicta aut censu aut *testamento*, is ciuis Romanus fit: sin vero aliquid eorum deerit, Latinus erit.

VI. De manumissione uel causae probatione. §. 18. Quod autem de aetate serui requiritur, lege Aelia Sentia introductum est. nam ea lex minores xxx annorum seruos non aliter uoluit manumissos ciues Romanos fieri, quam si uindicta, aput consilium iusta causa manumissionis approbata, liberati fuerint. §. 19. Iusta autem causa manumissionis est ueluti si quis filium filiamue, aut fratrem sororemue naturalem, aut alumnum, aut paedagogum, aut seruum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii causa, aput consilium manumittat. VII. De recupera*toribus*. §. 20. Consilium autem adhibetur in urbe Roma quidem quinque senatorum et quinque equitum Romanorum puberum; in prouinciis autem uiginti recuperatorum ciuium Romanorum. idque fit ultimo die conuentus: sed Romæ certis diebus aput consilium manumittuntur. Maiores uero triginta annorum

§. 13. Conf. Vlpianus, Fragm. I. §. 11. Theophilus, I, 5, §. 3. Epitome, I, 1, §. 3.

§. 14. Conf. Theophilus, I, 5. cit. §. 3. Isidorus, Origin. Lib. IX, cap. 4. in fin.

§. 15. Conf. Theophilus, I, 5, §. 4.

§. 17. Conf. Theophilus, I, 5, cit. §. 4. Vlpianus, Fragm. I, §. §. 12. 16. 6. 10. Epitome, I, 1, §. §. 1, 2. §. ult. in fin. I. de libert.

§. 18. Conf. Vlpianus, Fragm. I, §. 12. Theophilus, I, 5, cit. §. 4. item infra Commentar. II. §. 276.

§. 19. Conf. infra §. 39.

§. 20. *Consilium — — — ciuium Romanorum.* Conf. Vlpianus, Fragm. I, §. 13.* Theophilus, I, 6, §. 4, *idque fit — — manumittuntur.* Conf. Theophilus loc. cit. *Maiores* etc. §. 2. I. de libert.

TITULO IIII

De los libertinos.

IV. De los dediticios ó de la ley Aelia Sencia. §. 13. Prescribe la ley Aelia Sencia que los esclavos, aherrojados por sus señores en castigo, marcados, puestos al tormento por algun delito y convencidos de él, entregados para combatir con armas ó contra las bestias feroces, ó en fin, aprisionados ó destinados á los juegos del Circo, si despues fueren manumitidos por el mismo señor ó por cualquiera otro, sean libres, pero de la misma condicion que los extranjeros dediticios.

V. De los extranjeros dediticios. §. 14. Llámanse así los que habiendo peleado contra el pueblo romano, sucumben y se entregan á discrecion.

§. 15. Los siervos, pues, que han sufrido aquellos castigos infamantes, cualquiera que sea el modo de la manumision y su edad, y aun cuando sus señores los hayan tenido en pleno dominio, nunca pueden alcanzar la condicion de ciudadanos romanos ni de latinos, sino que forzosamente habremos de contarlos en el número de los dediticios.

§. 16. Por el contrario, si un esclavo no ha sufrido ninguno de aquellos castigos deshonrosos, se hará, si fuese manumitido, ora ciudadano romano, ora latino.

§. 17. El esclavo se hace ciudadano romano cuando concurren estas tres circunstancias: que sea mayor de treinta años: que el señor haya tenido sobre él dominio quiritario, y que la manumision sea justa y legítima, es decir, hecha por vindicta, por censo ó por testamento: cualquiera de estas condiciones que falte, el esclavo será latino.

VI. De la manumision ó de la aprobacion de causa. §. 18. En cuanto al requisito de la edad fué introducido por la ley AElia Sencia, la cual dispone que el esclavo manumitido menor de treinta años no sea ciudadano romano á menos que hecha la manumision por vindicta, se declare legítima y se apruebe por el consejo la causa que la motiva.

§. 19. Y es causa legítima de manumision, cuando alguno, por ejemplo, manumite ante el consejo á su hijo ó hija, hermano ó hermana natural, á uno que haya criado y educado, á su preceptor, á un esclavo para que le sirva de procurador, ó á una esclava con el fin de tomarla por esposa.

VII. De los recuperadores. §. 20 En Roma se compone el consejo de cinco senadores y de cinco caballeros romanos púberos; y en las provincias de veinte recuperadores, que sean ciudadanos romanos. Hácese la manumision ante el consejo en las provincias el último dia de la sesion; pero en Roma hay dias determinados para ello. Mas por lo que hace á los esclavos mayo-

serui semper manumitti solent, adeo ut uel in transitu manumittantur, ueluti cum Praetor aut Proconsule in balneum uel in theatrum eat. §. 21. Praeterea minor triginta annorum seruus manumissione potest ciuis Romanus fieri si ab eo domino, qui soluendo non erat, *testamento* liber et here*s* relictus si*t*. *** si ——— ——— ——— ——— *********** spurios ***************** ——— ——— ——— ——— — — — — — — — — creditor — ——— ——— ——— ——— **** — sex ——— ——— ——— ——— ********************** debitoris **** legi*s* ******************** ************ — — — — — — — — pecunia — — — ——— ——— ——— ——— ea * traditione ************************* mancipationi*bus* ************ ************ ——— ——— ——— ——— ***** latinum ***************************** — — — — — — — is quia — — — — ——— ——— ——— ——— * §. 22. *manumissi sunt*, Lat*ini Iun*ia*n*i *dicunt*ur: Latini id*eo*, n*am* adsimulati s*unt* L*ati*n*is* c*olon*iar*i*is; I*un*iani ideo * *uero*, * quia per legem Iuniam libertatem acc*ep*erunt, *cum* olim serui uiderentur esse. §. 23. Non *tamen* illis p*er*mittit lex Iunia nec ipsis testamentum facere, nec ex testamento alieno capere, nec tutores testamento dari. §. 24. Quod autem diximus, ex testamento eos *capere* * *non* * posse, i*ta* intellege*ndum est*, *ut nihil* direc*t*o heredi*t*atis legatorumue nomine *e*os posse capere dicamus: *a*lioquin per fideicommissum capere possunt.

§. 25. Hi uero, qui dediticiorum numero sunt, nullo m*odo ex testamento* capere possunt, non magis, quam qui liber peregrinusque * *est* *. nec ip*si* t*estamentum* facere possunt secundum *quod plerisque* plac*uit*. §. 26. Pessima itaque libertas eorum est, qui dediticiorum numero sunt: nec ulla lege, aut senatusconsulto, aut constitutione principali aditus illis ad ciuitatem Romanam datur. §. 27. Quin et in urbe Roma uel intr*a* centessimum urbis Romæ miliarium mo*r*ari prohib*e*ntur. et * *si contra fecerint* * ipsi bonaque eorum publice uenire iubentur ea condi-

§. 21. Conf. Vlpianus, Fragm. I. §. 14.

§. 22. Conf. infra Commentar. III. §. 56. item Fragm. veter. ICti de jur. specieb. §. 8. et Vlpianus, Fragm. I, §. 10.

§. 23. *Non — — capere*. Conf. Epitome, I, 1, §. 4. Vlpianus, Fragm. XX, §. 14, XXII, §. 3. XVII, §. 1. XXV, §. 7. Isidorus, Origin. Lib. IX, cap. 4. in fin. *nec tutores* etc. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 16.

§. 24. Conf. infra Commentar. II. §. 275. item Vlpianus. Fragm. XXV. cit. §. 7.

§. 25. *Hi — capere possunt*. Conf. Epitome, I, 1. §. 4. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 2. *non magis — est*. Conf. Vlpianus loc. cit. *nec — facere possunt*. Conf. infra Commentar. III. §. 75. item Epitome loc. cit. Vlpianus, Fragm. XX, §. 14. *secundum* etc. Conf. cit. §. 75.

§. 26. *Pessima — sunt*. Conf. §. ult. I. de libert. *nec ulla lege* etc. Conf. Epitome, I, 1, cit. §. 4.

§. 27. *Quin — — prohibentur*. Conf. Isidorus, Origin. Lib. IX, cap. 4. in fin.

res de treinta años, es costumbre manumitirlos en cualquier tiempo, y aun hasta al paso del pretor ó del procónsul, cuando estos magistrados van al teatro ó al baño.

§. 21. Tambien el esclavo menor de treinta años puede llegar á ser por manumision ciudadano romano, si un señor insolvente le concede la libertad en su testamento y lo instituye heredero.

(*Desideratur pagina.*)

.... §. 22. Los esclavos manumitidos *que no reunen las condiciones indispensables para ser ciudadanos romanos*, se nombran latinos junianos: latinos, porque su condicion es semejante á la que tienen los latinos de las Colonias, y junianos, porque deben su libertad á la ley Junia, pues antes de promulgarse esta ley mas bien que libres parecian esclavos.

§. 23. Y sin embargo, la misma ley Junia los declara incapaces de disponer, adquirir y ser nombrados tutores por testamento.

§. 24. Cuando decimos que no pueden adquirir por testamento, entiéndase que no les es dado obtener cosa alguna á título de herederos ó legatarios, pero sí por via de fideicomiso.

§. 25. En cuanto á los libertinos dediticios nada pueden adquirir por testamento bajo ningun título, á la manera que sucede con los extranjeros libres; y además segun la opinion mas comun les está vedado hacer testamento.

§. 26. Es por consiguiente pésima la libertad concedida á los dediticios, quienes por ninguna ley, ni senadoconsulto, ni constitucion del príncipe pueden alcanzar el derecho de ciudadanos romanos.

§. 27. Hasta les está prohibido habitar en Roma, ni á una distancia de ella menor de cien millas; y si contravinieren á esta disposicion, se ordena la venta de sus personas y bienes con la

cione, ut ne in urbe Roma uel intra centesimum urbis Romæ miliarium seruiant, *neue umquam manumittantur*; * *et* * si *manumissi* fuerint, serui populi Romani esse iubentur. et haec ita lege Aelia Sentia comprehensa sunt.

* *Quibus modis* * Latini *ad* ciuitatem Romanam perueni*ant.*

§. 28. Latini multis modis ad ciuitatem Romanam perueniunt. §. 29. *Statim* enim e*adem* lege Aelia Sentia cautum est, ut minores triginta annorum manumissi **et** Latini facti si uxore*s* duxerint uel ciues Romanas, uel Latinas coloniarias, **uel ei*us*dem condicionis cuius et ipsi essent, idque te*s*tati fuerint adhibitis non minus quam septem testibus ciuibus Romanis puberibus, et filium procreauerint* *et** is filius anniculus *fuerit*, per*mitt*atur *e*is, *si uelint*, per *e*am legem adire Praetorem uel in prouinciis Praesidem prouinciae, et approbare, se e*x* lege Aelia Sentia* *liberorum causa** uxorem duxisse et ex ea filium anniculum habere: et si is, aput quem causa probata est, id ita esse pronuntiauerit, tunc et ipse Latinus (*et filius*) et uxor eius, si et ipsa eiusdem condicionis sit, ciues Romani esse iubentur. §. 30. Ideo autem in ipso *filio* adiecimus si et ipse *eius*dem condicionis sit, *quia* si uxor Latini ciuis Romana* *est**, qui ex ea nascitur, ex nouo senatusconsulto, quod auctore diuo Hadriano factum est, ciuis Romanus nascitur. §. 31. Hoc tamen ius adipiscendae ciuitatis Romanae etiamsi so*l*i minores *tr*iginta annorum manumissi et Latini facti ex lege Aelia Sentia habuerunt, tamen postea senatusconsulto, quod Pegaso et Pusione Consulibus factum est, et*iam* maioribus triginta annorum manumi*ss*is Latini factis concessum est. §. 32. Ceterum etiamsi an*te dece*sserit Latinus, **quam** anni*culi fil*ii causam probaret, potest mater eius causam probare, et sic et ipsa fi*et* civis Rom*ana* ********************************** ************************** ——— ——— ——— ——— ipse filius c*u*ius ***************************** debet causam probare, ut *********************** de filio anniculo ******************* ——— ——— ——— ——— illis *********** dominis ************ ——— ——— ——— ——— Quiritium ************* ************* cauerit ** ******* in eius loc **************** ——— ——— ——— ——— §. 33. aedificio **** non minus quam par*tem* ************* patrimon**ii sui** impenderit, ius Q**uiritium consequ**atur******************************** ——— ——— ——— ——— §. 34. frumenti ********

§. 28. Conf. Epitome, I, 1, §. 4. Vlpianus, Fragm. III, §. 1.
§. 29. Conf. infra §. §. 66. et 73. nec non Commentar. III. §. §. 5 et 73. item Vlpianus, Fragm. III, §. 3.
§. 30. Conf. infra §. §. 66. et 80. item Vlpianus, Fragm. III. cit. §. 3.
§. 31. Conf. Vlpianus, Fragm. III, §. 4.
§. 32. Conf. infra Commentar. III, §. 5.
§. 33. Conf. Vlpianus, Fragm. III, cit. §. 1. et L. 139. de verb. signif.
§. 34. Conf. Vlpianus, Fragm. III, §. 6. Suetonius, in Claud. cap. 18. 19.

condicion de que no han de servir como esclavos en Roma ni en un rádio de cien millas; y de que nunca serán manumitidos. Todas estas disposiciones están contenidas en la ley Ælia Sencia.

De las diferentes maneras por las cuales adquieren los latinos el derecho de ciudadania romana. §. 28. Los latinos logran por muchos medios el derecho de ciudadanía en Roma.

§. 29. En efecto, la misma ley Ælia Sencia dispone que cuando menores de treinta años sean manumitidos y adquieran la condicion de latinos, si contrajeren matrimonio con ciudadanas de Roma, ó latinas de las Colonias, ó con mujeres de su misma condicion, con tal que este hecho lo confirmen siete testigos por lo menos todos ciudadanos romanos púberes; y si de este matrimonio tuvieren un hijo que llegase á la edad de un año, se les permita desde luego, si lo solicitaren, presentarse ante el pretor ó en las provincias ante el presidente, y justificar que en virtud de la ley Ælia Sencia han contraido matrimonio con el fin de tener prole, y que en efecto tienen un hijo de este matrimonio con un año de edad. Si el magistrado, ante el cual se hacen las pruebas, declara existir la causa alegada, entonces el latino, su hijo y su esposa si fuese de la misma condicion que el marido, quedan ciudadanos romanos.

§. 30. Y tambien agregamos respecto del hijo, si fuere de la misma condicion que el padre; pues si la esposa de un latino es romana, el hijo que nace de esta, nace ciudadano romano, segun un senadoconsulto reciente adoptado con aprobacion del emperador Adriano.

§. 31. No obstante que por la ley Ælia Sencia no se concede el derecho de ciudadano romano sino á los manumitidos con menos de treinta años de edad, que obtienen la condicion de latinos; con todo, mas tarde por un senadoconsulto, promulgado siendo cónsules Pegaso y Pusion, se estendió la concesion á los manumitidos mayores de treinta años, que tampoco hayan conseguido mas que el título y derechos de latinos.

§. 32. Por lo demás, aun cuando antes de justificar que tiene un hijo de un año, falleciere el manumitido latino, puede la madre probarlo, y consigue por este medio ser ciudadana de Roma. . . . .

(*Unius paginæ et XVI linearum verba desiderantur.*)

. . . .

§. 33. . . . .

§. 34. . . . .

ad ius Quiritium *** ——— ——— ——— ——— — — — — consecutus — — — — — — ——— ——— ——— ——— ************ ius Quiritium fuerit ********* §. 35. *si quis alicuius e*t in bonis et ex iure Quiritium sit, manumissus, ab eodem scilicet, et Latinus fieri *potest et* ius Quiritium consequi. ——— ——— ——— ——— §. 36. **Non tamen cuicumque uolenti manumittere licet.* §. 37 *Nam is, qui** in fraudem creditorum uel in fraudem patroni manumit*t*it, nihil agit quia lex Aelia Sentia inpedit libertatem. §. 38. Item eadem lege minori xx annorum domino non aliter manumittere permittitur, quam si uindicta aput consilium iusta causa manumissionis approbata fuerit. §. 39. Iustae autem causae manumissionis sunt ueluti si quis patrem, aut matrem, aut paedagogum, aut collactaneum manumittat. sed et illae causae, quas superius in seru*o* minore xxx annorum exposuimus, ad hunc quoque casum, de quo loquimur, adferri possunt. item ex diuerso hae ca*u*sae, quas in minore xx annorum domino rettulimus, porrigi possunt et ad seruum minorem xxx annorum. §. 40. Cum ergo certus modus manumittendi minoribus xx annorum dominis per legem Aeliam Sentiam constitutus sit, euenit, ut qui xiiii annos aetatis expleuerit, licet testamentum facere possit, et in eo heredem sibi instituere legataque relinquere possit, tamen si adhuc minor sit annorum xx, libertatem seruo dare non po*ssi*t. §. 41. Et quamuis Latinum facere uelit minor xx annorum dominus, tamen nihilominus debet aput consilium causam probare, et ita postea inter amicos manumittere.

——— ——— ——— ——— §. 42. Praeterea lege Furia Caninia certus modus constitutus est in seruis testamento manumittendis. §. 43. Nam ei, qui plures quam duos, neque plures quam decem seruos habebit, usque ad partem dimidiam eius numeri manumittere permittitur. *e*i uero, qui plures quam x, *n*eque plures quam xxx seruos habebit, usque ad tertiam partem eius numeri manumittere permittitur. at ei, qui plu-

§. 35. Conf. Fragm. veter. ICti de jur. specieb. §. §. 11. 16. Vlpianus, Fragm. I. §. 16. III, §. 4. Epitome, I, 1, §. 4. Tacitus, Annal. Lib. XIII, cap. 27. Plinius, Lib. VII, epist. 16.

§. 36. pr. I. qui et quib. ex caus. manumittere non poss. Conf. Epitome, I, 1, §. 5.

§. 37. cit. pr. I. qui et quib. ex caus. Conf. Vlpianus, Fragm. I, §. 15. Epitome, I, 1, §. §. 5, 6.

§. 38. §. 4. I. qui et quib. ex caus. Conf. Vlpianus, Fragm. I, §. 13. Fragm. veter. ICti de jur. specieb. §. 15. Epitome, I, 1, §. 7.

§. 39. *Iustae — — manumittat.* Conf. Epitome, I, 1, cit. §. 7. §. 5. I. qui et quib. ex caus. *superius.* Vid. §. 19.

§. 40. §. 7. I. qui et quib. ex caus. Conf. Epitome, I, 1, cit. §. 7.

§. 41. Conf. Fragm. veter. ICti de jur. specieb. cit. §. 15.

§. 42. Tit. I. de leg. Fus. Can. sublat. Conf. Commentar. II. §. 228.

§. 43. Conf. Vlpianus Fragm. I, §. 24. Paulus, Sent. recept. IV, 14 §. 4. Epitome, I, 2, pr.

§. 35. Si un esclavo se encuentra á la vez en el dominio bonitario y en el dominio quiritario de un mismo señor, puede, si este lo manumitiere, ser latino, y hasta conseguir los derechos de ciudadano romano. . . . .

§. 36. Sin embargo, no es lícito á todos el manumitir.

§. 37. Porque si alguno manumite en fraude de sus acreedores, ó del patrono todo lo que hace es de ningun efecto, pues la ley Ælia Sencia, impide que el manumitido adquiera la libertad.

§. 38. Del mismo modo por lo dispuesto en la propia ley, el ciudadano romano menor de veinte años no puede manumitir, á no ser que lo haga por vindicta, y prévia justificacion ante el consejo de que le asiste una causa justa para la manumision.

§. 39. Son causas justas para manumitir (por ejemplo) cuando uno manumite á su padre, á su madre, á su preceptor ó á su hermano de leche; á cuyas causas deben agregarse las que referimos antes al hablar del esclavo menor de treinta años; así como las causas que acabamos de esponer respecto al señor menor de veinte años, se aplican tambien al esclavo menor de treinta.

§. 40. Y pues la ley Ælia Sencia, establece un modo particular de manumitir para los menores de veinte años, síguese necesariamente que el señor mayor de catorce, por mas que tenga facultad de hacer testamento, de instituir heredero y dejar legados, con todo no puede conceder la libertad á su esclavo.

§. 41. Aun en el caso mismo de que el señor, menor de veinte años, solo quiera que su esclavo sea latino, no por eso está dispensado de justificar la causa de la manumision ante el consejo; hecho lo cual, puede manumitirlo entre amigos. . . . . §. 42. Además la ley Furia Caninia ha determinado un modo especial de manumitir los esclavos por testamento.

§. 43. En su consecuencia permítese al que tiene mas de dos esclavos, pero no pasa de diez, manumitir la mitad de los que posea. El que tenga mas de diez y no pase de treinta, puede manumitir la tercera parte; el que treinta sin esceder de cien-

res quan xxx, neque plures quam centum habebit, usque ad partem quartam ********************* datur. nouissime ei, qui plures quam c habebit, nec plures quam D ********** permittitur, quam ut quintam partem, neque plures **** sed pra escribit lex, ne cui plures manumittere liceat quam c ** si quis unum seruum omnino aut duos habet ********************** et ideo liberam habet potestatem manumittendi. §. 44. Ac nec ad eos **** omnino haec lex pertinet, qui sine testa*mento* manumittunt. itaque licet iis, qui uindicta, aut censu, aut inter amicos manumittunt, totam familiam suam liberare: scilicet si alia causa non inpediat libertatem. §. 45. Sed quod *de* numero seruorum testamento manumittendorum diximus, ita intell*egem**us*, *ut ex eo** numero, ex quo dimidia, aut tertia, aut quarta, aut quinta pars liberari* *potest*, *utique tot manumittere** licea*t*, quot ex antecedenti numero licuit. et hoc ipsa **lege pro**uisum est. erat enim sane absurdum, ut x seruorum domino quinque liberare liceret, quia usque ad dimidiam partem (*ex eo*) numero manumittere ei con*c*editur, ** ****** xii seruos habenti non plures liceret manum*it*tere quam iiii. at eis, qui plures quam x, neque ———— ———— ———— ———— liberari ****************************** con*c*edat ****************************** ———— ———— ————

(*Deest pagina.*)

———— §. 46. Nam et si testamento scriptis in orbem seruis libertas data sit, quia nullus ordo manumissionis inuenitur, nulli liberi erunt; quia lex Fu*r*ia Caninia, quae in fraudem eius facta sint, rescindit. sunt etiam specialia senatusconsulta, quibus rescissa sunt ea, quae in fraudem eius legis excogitata sunt.

§. 47. In summa sciendum est, (*quod*) lege Aelia Sentia cautum *est*, *ut qui* creditorum fraudandorum causa manumissi sint, liberi non fiant, hoc etiam ad peregrinos pertinere, senatus (*enim*) ita censuit ex auctoritate Hadriani; cetera uero iura eius legis ad peregrinos non pertinere.

———— ———— ———— ———— §. 48. Sequitur de iure personarum alia diuisio. nam quaedam personae

§. 44. Conf. Epitome, I, 2, §. 1. item Tit. I. de leg. Fus. Can. sublat.
§. 45. Conf. Vlpianus, Fragm. I, cit. §. 24. Epitome, I, 2, pr.
§. 46. Conf. Epitome, I, 2, §. 2. in fin.
§. 48. L. 1. pr. de his qui sui vel alien. jur. sunt, inscripta: Gajus Libro I. Institutionum. pr. I. eod. Conf. Epitome, I, 3, pr.

to, la cuarta parte. Finalmente, el señor de mas de cien esclavos pero que no pasan de quinientos, tiene solamente facultad de manumitir la quinta parte..... Sea cual fuere el número de esclavos, la ley prohibe manumitir mas de ciento. En cuanto al propietario de uno ó de dos esclavos, *como la ley Furia Caninia no le concierne*, conserva libre y plena la facultad de manumitir.

§. 44. Tampoco trata aquella ley de los que no manumiten por testamento, y por consiguiente á los que lo hagan por vindicta, por censo ó entre amigos, es lícito dar libertad á todos sus esclavos, con tal que alguna otra causa no contraríe la manumision.

§. 45. Empero lo que hemos dicho acerca del número de esclavos que pueden ser manumitidos por testamento, entiéndase de modo que aquellos, á quienes en consideracion al número de sus esclavos se les permite manumitir la mitad, la tercera, la cuarta ó la quinta parte, cuando se encuentran en una division subsiguiente, pueden tambien manumitir un número igual de esclavos, al que tendrían facultad de hacerlo si estuviesen colocados en la division que precede inmediatamente. Así lo ha previsto la ley, pues sería absurdo que se permitiera al señor de diez esclavos manumitir la mitad, esto es, cinco; y se prohibiese al que tiene doce manumitir mas de cuatro. Por lo que hace á los propietarios de mas de diez esclavos.....

(*Deest pagina*).

..... §. 46. Si en un testamento se escriben en círculo los nombres de los esclavos manumitidos, como entonces se ignora el órden de la manumision, ni es posible determinar los que han sido manumitidos primero, síguese que ninguno adquiere la libertad; porque la ley Furia Caninia rescinde todo lo hecho en fraude de sus disposiciones, y además senadoconsultos especiales anulan cuanto se ha inventado para hacer ilusorias las disposiciones de aquella ley.

§. 47. Ultimamente, debe saberse que la disposicion de la ley Ælia Sencia, prohibiendo que consigan libertad los esclavos manumitidos en fraude de los acreedores, se estiende tambien á los extranjeros, porque así lo ha resuelto el senado por autorizacion del emperador Adriano; bien es verdad que segun el mismo senadoconsulto no son aplicables á los extranjeros las otras disposiciones de la ley Ælia Sencia.

TITULO IV.

De los que son dueños de sí mismos, ó dependientes de otros.

§. 48. Sigue otra division del derecho de personas; pues es

sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae. §. 49. Sed rursus earum personarum, quae alieno iuri subiectae suno, aliae in potestate, aliae in manu, aliae in mancipio sunt.

§. 50. Videamus nunc de iis, quae alieno iuri subiect*ae* sint: (*nam*) si cognouerimus, quae istae personae s*i*nt, simul intellegemus, quae sui iuris sint.

§. 51. Ac prius dispiciamus de iis, qui in aliena potestate sunt.

§. 52. In potestate itaque sunt serui dominorum. quae quidem potestas iuris gentium est. nam aput omnes peraeque gentes animaduertere possumus, dominis in seruos uitae necisque potestatem esse. et quo*d*cumque per seruum adquiritur, id domino adquiritur. §. 53. Sed hoc tempore neque ciuibus Romanis, nec ullis aliis hominibus, qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in seruos suos saeuire. Nam ex constitutione s*acratissimi* I*mpe*ratoris Antonini qui sine causa seruum suum occiderit, non minus teneri iubetur, quam qui alienum seruum occiderit. Sed et mayor quoque asperitas dominorum per eiusdem Principis constitutionem coercetur. nam consultus a quibusdam Praesidibus prouinciarum de his seruis, qui ad fana Deorum uel ad statuas Principum confugiunt, praecepit, ut si intolerabilis uideatur dominorum saevitia, cogantur seruos suos uendere. Et utrumque recte fit; male enim nostro iure uti non debemus: qua ratione et prodi*g*is interdi*c*itur bonorum suorum administratio. §. 54. Ceterum cum aput ciues Romanos duplex sit dominium, nam uel in bonis, uel ex iure Quiritium, uel ex utroque iure cuiusquam seruus esse intelleg*i*tur, ita demum seruum in potestate domini esse dicemus, si in bonis eius sit, etiamsi simul ex iure Quiritium eiusdem non sit. nam qui nudum ius Quiritium in seruo habet, is potestatem habere non intellegitur.

§. 55. Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis

§. 49. cit. pr. I. de his q. sui v. alien. jur. s.

§. 50. cit. L. 1. pr. de his q. sui v. alien. jur. s. cit. pr. I. eod. Conf. Epitome I, 3, pr.

§. 51. cit. L. 1. pr. de his q. sui v. alien. jur. s. cit. pr. I. eod.

§. 52. cit. L. 1. de his q. sui v. alien. jur. s. §. 1. — §. 1. I. eod. Conf. Epitome I, 3, §. 1.

§. 53. *Sed — — — coercetur,* cit. L. 1. de his q. sui v. alien. jur. s. §. 2. — §. 2. I. eod. Conf. Epitome, I, 3, cit. §. 1. *Nam consultus — — — non debemus.* cit. §. 2. I.

§. 54. Conf infra Commentar. II. §. §. 40 et 88. et Commentar. III. §. 166.

§. 55. *Item — — Romanorum est.* L. 3. de his q. sui v. alien. jur. s.

tas son unas independientes (*sui juris*), otras dependientes de alguna (*aliena jure subjectæ*).

§. 49. Entre las personas que dependen de otras, unas están sometidas á la potestad (*in potestate sunt*), otras al poder (*in manu*), otras en fin, al *mancipio* (*in mancipio*).

§. 50. Ocupémonos primero de las personas que dependen de otras, porque conociéndolas comprenderemos al mismo tiempo las que no dependen de nadie.

TITULO V.

De los que están bajo la potestad de otro (in potestate).

§. 51. Y ante todo consideremos á las personas que están sometidas á la potestad de otras.

§. 52. Están sometidas á la potestad de sus señores (*in potestate dominorum*) los esclavos. Esta potestad es de derecho de gentes, porque podemos observar que constantemente en todas las naciones los señores tienen derecho de vida y muerte, sobre sus esclavos, y que cuanto estos adquieren es propiedad del señor.

§. 53. Mas ya en estos tiempos no es lícito á los ciudadanos romanos, ni á súbdito alguno del Imperio, el ensañarse con esceso y sin razon en sus esclavos; porque segun una constitucion del emperador Antonino, el señor que haga perecer á un esclavo sin causa, incurre en el mismo crímen que si matase á un esclavo ageno. La misma constitucion reprime tambien el mal trato de los señores, pues consultado el emperador por algunos presidentes de las provincias acerca de los esclavos que se refugian á los templos de los dioses ó á las estátuas de los príncipes, mandó que si el trato de los señores parecia insoportable, se les obligase á vender sus esclavos. Estas dos disposiciones son justas, puesto que nadie debe abusar de su derecho, por cuya causa se prohibe cabalmente á los pródigos la administracion de sus bienes.

§. 54. Finalmente, como entre los ciudadanos romanos el dominio es de dos especies, y nosotros podemos tener sobre el esclavo el dominio quiritario ó el bonitario, y aun ambos á la vez; diremos que un esclavo se halla constituido en la potestad de su señor si está en sus bienes (in bonis), por mas que no pertenezca al mismo señor por derecho quiritario; pues aquel que solo posee un esclavo por derecho quiritario, no lo tiene bajo su potestad (in potestate).

§. 55. Del mismo modo se encuentran sometidos á nuestra

nuptiis procreauimus. quod ius proprium ciuium Romanorum est. fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus. idque diu*us* Hadrian*us* edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo ciuitatem Romanam petebant, significauit. nec m*e* prae*terit* Galatarum gentem credere, in potestate parentum liberos esse. ———— ———— ———— ———— §. 56. * *Habent autem in potestate liberos ciues Romani* * si ciues Romanas uxores duxerint, uel etiam Latinas peregrinasue cum quibus conubium habeant. cum enim conubium id efficiat, ut liberi patris condicionem sequantur, euenit, ut non (*solum*) ciues Romani fiant, set in potestate patris sint. §. 57. Vnde et ueteranis quibusdam concedi solet principalibus constitutionibus conubium cum his Latinis peregrinisue, quas primas post missionem uxores duxerint. et qui ex eo matrimonio nascuntur, et ciues Romani. et in potestate parentum fiunt. ———— ———— ———— ———— ******** §. 58. **non omnes nobis uxores ducere licet** : nam a quarundam nuptiis abstinere debemus. §. 59. Inter eas enim personas, quae parentum liberorumue locum inter se optinent, nuptiae contrahi non possunt, nec inter eas conubium est; uelut inter patrem et filiam, u*el* matrem et filium, u*el* auum et neptem: et si tales personae inter se coierint, nefarias * *atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. et haec a**deo ita sunt, ut quamuis per adoptionem parentum liberorumue loco sibi esse coeperint, non poss*i*nt inter se matrimonio coniungi: in tantum, ut et*iam* dissoluta adoptione idem iuris maneat. itaque eam, quae nobis adoptione filiae aut neptis loco esse coeperit, non poterimus uxorem ducere, quamuis eam emancipauerimus. §. 60. Inter eas quoque personas, quae ex transuerso gradu cognatione iunguntur, est quaedam similis obseruatio, sed non tanta. §. 61. Sane inter fratrem et sororem prohibitae sunt nuptiae, siue eodem patre eademque matre nati fuerint, siue alterutro eorum. sed si qua per adoptionem soror mihi esse coeperit, quandiu quidem constat adoptio, sane inter me et eam nuptiae non possunt consistere: cum uero

inscripta: Gajus Libro I. Institutionum. pr. et §. 2. I. de patr. pot. Conf. infra §. 189. item Epitome, 1, 3, §. 2. Vlpianus, Fragm. V, §. 1. *fere* — — *habemus.* cit. §. 2. I. *idque diuus Hadrianus edicto* — — *significauit.* Conf. infra §. 93.

§. 56. *Habent* — — — *conubium habeant.* Conf. Vlpianus, Fragm. V, §. §. 2. 4. Epitome, I, 4, pr. pr. I. de nupt. *peregrinasue, cum quibus conubium habeant.* Conf. infra §. 76. *cum enim* — *sequantur.* Conf. infra §. §. 67. et 80. item Vlpianus, loc. cit. §. 8.

§. 57. Conf. Tabulae honestae missionis a Platzmanno collectae in libro: Iuris Romani testimoniis de Militum honesta Missione, quae in tabulis aeneis supersunt, illustrati Specimen. Lips. 1818. 4.

§. §. 58. 59. §. 1. I. de nupt. Conf. Epitome, I, 4, §. 1. Vlpianus, Fragm. V, §. 6.

§. 60. §. 2. I. de nupt.

§. 61. cit. §. 2. I. de nupt. Conf. Epitome, I, 4, §. 2.

autoridad (*in potestate nostra*) los hijos nacidos de legítimas nupcias; derecho que es propio de los ciudadanos romanos, pues casi no existe ningun pueblo que tenga sobre sus hijos la misma autoridad que nosotros; y así lo espresó el emperador Adriano en el edicto promulgado con motivo de los que pedian para sí y sus hijos el derecho de ciudadanía romana. Sin embargo, no se me oculta que la nacion de los Gálatas cree que los hijos están bajo la potestad paterna. . . . .

§. 56. Los ciudadanos romanos tienen dependientes de su autoridad (*potestas*) á los hijos, ya escogieren por esposas ciudadanas romanas, ya latinas ó extranjeras con quienes tengan el *conubium*; porque siendo efecto de este que los hijos sigan la condicion del padre, resulta que aquellos no solo nacen ciudadanos romanos, sino sujetos á la patria potestad.

§. 57. De aquí es que las constituciones mas notables suelen conceder á los veteranos el *conubium* con las latinas ó extranjeras á quienes primero hayan tomado por mujeres despues de licenciados; y los hijos nacidos de este matrimonio son ciudadanos romanos, y están sujetos á la patria potestad.

§. 58. No somos libres de tomar por esposas á toda clase de personas, porque hay algunas con quienes nos están vedadas las nupcias.

§. 59. Pues ni las nupcias ni aun el *conubium* pueden existir entre aquellas personas que están la una con respecto á la otra en las relaciones de descendiente ó de ascendiente, como, por ejemplo, el padre y la hija, la madre y el hijo, el abuelo y la nieta; y si estas personas llegan á unirse, se dice que han contraido nupcias criminales é incestuosas. Tanto es esto, que ni aun cuando el parentesco de aquellas personas haya tenido orígen por adopcion pueden unirse en matrimonio; y aun todavía subsiste el impedimento despues de disuelta la adopcion. De consiguiente no podemos tomar por esposa á la hija ó nieta adoptiva aunque la hagamos salir de nuestra potestad, emancipándola.

§. 60. Tambien existen prohibiciones, aunque menos estensas, entre las personas unidas por la línea colateral.

§. 61. Ciertamente están vedadas las nupcias entre hermano y hermana, ora sean nacidos de un mismo padre y de una misma madre, ora tan solo de uno de ellos. Tambien es cierto que si alguna llegare á ser hermana mia adoptiva, no me es lícito casarme con ella mientras durare la adopcion; pero si esta se di-

per emancipationem adoptio dissoluta sit, potero eam uxorem ducere. set _et_ si ego emancipatus fuero, nihil inpedimento erit nuptiis. §. 62. Fratris filiam uxorem ducere licet. idque primum in usum uenit, cum diuus Claudius Agrippinam, fratris sui filiam, uxorem duxisset. sororis uero filiam uxorem ducere non licet. et haec ita principalibus constitutionibus significantur. Item amitam et materteram uxorem ducere non licet. §. 63. Item eam, quae nob*_is quondam_* socr_us_, aut nurus, aut priuigna, aut nouerca fuit. ide_o autem_ diximus quondam, quia si adhuc constant eae nuptiae, per quas talis adfinitas quaesita est, alia ratione * _inter nos_ * nuptiae esse non possunt, quia neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere. §. 64. Ergo si quis nefarias atque incestas nuptias contraxerit, neque uxorem habere uidetur, neque liber*_os. hi enim_*, qui ex eo coitu nascuntur, matrem quidem habere uidentur, patrem uero non utique: nec ob id in potestate eius sunt, sed quales sunt ii, quos mater uulgo concepit. *_nam et hi_* patrem habere _non_ intelleguntur, cum *_pater_ * incertus sil: unde solent spurii _f_ilii appellari, uel a Graeca uoce quasi σποράδην concepti, uel quasi sine patre filii.

——————— ——————— ——————— ——————— §. 65.* _Aliquando autem euenit, ut liberi statim ut na_*ti sunt, parentum in potestate non fiant, _at_ postea tamen redigantur in potestatem. §. 66. Itaque * _si Latinu_*s, ex lege Aelia Sentia uxore ducta, filium procreauerit, aut Latinum ex Latina, aut ciuem Romanum ex ciue Romana. non habebit eum in potestate ***
********************************** simul ergo eum in potestate sua habere incipit. §. 67. Item si ciuis Romanus Latinam aut peregrinam uxorem duxerit per ignorantiam, cum eam ciuem Romanam esse crederet, et filium procreauerit, hic non est in potestate, quia ne quidem ciuis Romanus est, sed aut Latinus, aut peregrinus, id est eius condicionis, cuius et mater fuerit, quia non aliter quisquam ad patris condicionem accedit, quam si inter patrem et matrem eius conubium sit: sed ex senatus-

§. 62. _Fratris — — — uxorem ducere non licet._ Conf. Vlpianus, Fragm. V, cit. §. 6. Epitome, I, 4, §. 3.—§. 3, I. de nupt. _idque primum — — uxorem duxisset._ Conf. Tacitus, Annal. Lib. XII, cap. 5—7. Suetonius, in Claud. cap. 26. _Item amitam_ etc. Conf. §. 5. I. de nupt. Epitome, I, 4, §. 4. Vlpianus loc. cit.

§. 63. Conf. §. §. 6. 7. I. de nupt. Epitome, I, 4, §. 5. Vlpianus, Fragm. V, cit. §. 6.

§. 64. _Ergo — — — in potestate eius sunt._ Conf. Epitome, I, 4, §. 8. §. 12. I. de nupt. Vlpianus, Fragm. V, §. 7. _sed quales_ etc. cit. §. 12. I. Conf. Epitome et Vlpianus, loc. cit. item Plutarchus, Rom. Quaest. cap. 103.

§. 65. §. ult. I. de nupt.

§. 66. Conf. supra §. 29. infra §. 73. item Commentar. III. §. §. 5. et 73. _ciuem Romanum ex ciue Romana._ Conf. supra §. 30. et infra §. 80.

§. 67. Conf. infra Commentar. II. §. 142. et Commentar. III. §. §. 5. et 73. item Vlpianus, Fragm. VII, §. 4. _sed aut Latinus._ Conf. Idem, Fragm. V, §. 9. _quia non aliter — — conubium sit._ Conf. supra §. 56. et infra §. 80.

suelve por la emancipacion de mi hermana adoptiva, cesa entonces el impedimento, y lo mismo sucede á ser yo propio el emancipado.

§. 62. Es lícito á cualquiera escoger para esposa á la hija de su hermano, uso que se introdujo por la vez primera, cuando Claudio se casó con Agripina, hija de un hermano suyo; mas no lo es el hacerlo con la hija de hermana: así lo espresan las constituciones de los príncipes. Tampoco puede ninguno contraer nupcias con su tia carnal, ya provenga el parentesco por parte de su padre, ya por parte de madre.

§. 63. Igual prohibicion existe respecto á las nupcias con la mujer que en otro tiempo fué nuestra suegra, nuera, hijastra ó madrastra. Decimos en otro tiempo, porque si aun subsisten las nupcias á las cuales se debe aquel parentesco, entonces la prohibicion reconoce un motivo diferente, no pudiendo entre nosotros una misma mujer estar casada al propio tiempo con dos maridos, ni un marido con dos mujeres.

§. 64. Por consiguiente si alguno contrajere nupcias criminales é incestuosas, se conceptúa que ni tiene esposa ni hijos, pues los que nacen de semejante union aun cuando se considera que tienen madre, la ley no les reconoce padre: por eso no están sujetos á la patria potestad, sino que su condicion es del todo igual á la de aquellos que son concebidos por una ramera, los cuales se entiende que no tienen padre, á causa de ser este incierto; por donde suelen llamarse espúreos; sea que esta palabra se derive del griego, cual si dijéramos concebidos σποράδην; sea que esprese hijos sin padre. . . . .

§. 65. Con todo sucede en algunos casos que los hijos al nacer no entran en la potestad del padre, y despues sin embargo quedan sujetos á ella.

§. 66. Así, pues, cuando un latino, casado segun la ley Ælia Sencia, tiene un hijo, el cual será latino, si nace de madre latina, y ciudadano de Roma si la madre es ciudadana romana, este hijo no nace sometido á la patria potestad****** por tanto comienza á tenerlo al mismo tiempo bajo su potestad.

§. 67. Igualmente si por ignorancia un ciudadano romano escogiese por esposa una latina ó extranjera, creyéndola ciudadana romana, y de esta union le naciere un hijo, este no está sujeto á la patria potestad, porque ni aun siquiera es ciudadano romano, sino latino ó extranjero, esto es, de la condicion que fuere la madre; pues ninguno sigue la del padre, sino con tal que entre el padre y la madre exista el *conubium*; mas no obstante,

consulto permittitur, causam erroris probare, et ita uxor quoque et filius ad ciuitatem Romanam perueniunt, et ex eo tempore incipit filius in potestate patris esse. Idem iuris est si eam per ignorantiam uxorem duxerit, quae dedi*ti*ciorum numero est; nisi quod uxor non fit ciuis Romana. §. 68. Item si ciuis Romana per errorem nupta sit peregrino, tamquam ciui Romano, permittitur ei causam erroris probare, et ita filius quoque et maritus ad ciuitatem Romanam perueniunt, et aeque simul incipit filius in potestate patris esse. Idem iuris est si peregrino, tamquam Latino, ex lege Aelia Sentia nupta sit: nam et de hoc specialiter senatusconsulto cauetur. Idem iuris est aliquatenus si ei, qui dedi*ti*ciorum numero est, tamquam ciui Romano, aut Latino e lege Aelia Sentia, nupta sit: nisi quod scilicet, qui dediticiorum numero est, in sua condicione permanet; et ideo filius, quamuis fiat ciuis Romanus, in potestatem patris non redigitur. §. 69. Item si Latina peregrino, quem Latinum esse crederet, nupserit, potest ex *senatusconsulto*, filio *nato*, causam *erroris* p**robare*: et ita om**nes fiunt ciues Romani, **et** filius in potestate patris esse incipit. §. 70. Id*em iuris omnino est* si Latinus per errorem peregrinam *qu*asi Latin*am* aut ciuem Romanam, e lege Aelia Sentia uxorem duxerit. §. 71. Praeterea si ciuis Romanus, qui se credidisse*t* Latinum, *duxisset* Latinam, permittitur e*i*, filio nato, erroris causam *pro*bare, *tamquam si ex* lege Aelia Sentia uxorem duxisset. Item h*is*, *qui, licet* ciues Romani essent, peregrinos se esse cred*i*disse*nt* et peregrinas uxores duxissent, permittitur ex senatusconsulto, filio nato, causam erroris probare: quo facto peregrina uxor ciuis Romana et filius ********* non solum *ad ciuitatem Romanam perue*ni*t*, sed *etia*m, i*n* potestatem patris *redigitur*. §. 72. Quaecumque de filio esse diximus, eadem et de filia dicta intellegemus. §. 73. *S*et quantum ad erroris causam probandam attinet, nihil interest, cuius aetatis filius siue filia s*it* ********************************** Latinus — — — — qui — — — — — — ** si minor anniculo s*i*t filius filiaue causa probari non potest. nec me praeterit, in aliquo rescripto diui Hadriani ita esse constitutum, tamquam, quod ad erroris quoque *causam* probandam ********************************** ——— ——— ——— ——— ******* Imperator

(*Fere quinque lineæ desunt.*)

*********** tuendam dedit. §. 74. *Item* peregrin*o* ******

§. 68. Conf. Vlpianus, Fragm. VII, cit. §. 4. ubi sic legendum: vel ei, qui dediticiorum numero est, *tamquam civi Romano*, aut etiam *quasi* Latino ex Lege Aelia Sentia, nupta fuerint.
§. 73. Conf. supra §. 29.

en virtud de un senadoconsulto puede probar la causa de error, y por este medio madre é hijo alcanzan el derecho de ciudadanía romana, y desde el mismo instante el hijo entra en la patria potestad. Sucede lo propio si un ciudadano romano tomare por esposa á una dediticia ignorando su condicion; solo que en este caso la mujer no se hace ciudadana romana.

§. 68. Tambien si una ciudadana de Roma se casare con un extranjero teniéndolo por ciudadano romano, puede igualmente probar la causa de error: por cuyo medio hijo y padre se hacen ciudadanos de Roma, y al mismo tiempo comienza el hijo á estar bajo la patria potestad. La misma disposicion se aplica si creyendo contraer nupcias con un latino segun la ley Ælia Sencia, lo hiciese con un extranjero: caso de que especialmente habla un senadoconsulto. Y es igual si las nupcias fueren con un dediticio, teniéndolo equivocadamente por ciudadano romano ó latino segun la ley Ælia Sencia, menos que en este caso el dediticio no muda de condicion, y su hijo, aunque hecho ciudadano romano, no entra en la patria potestad.

§. 69. De la propia manera una latina que se casare con un extranjero, á quien cree latino, puede, conforme á lo dispuesto en el senadoconsulto, si le naciese un hijo, justificar la causa de error; y entonces todos se hacen ciudadanos de Roma, y el hijo queda sometido á la potestad paterna.

§. 70. Se aplica la misma regla al latino que haya tomado por esposa segun la ley Ælia Sencia á una mujer extranjera, juzgándola latina ó ciudadana de Roma.

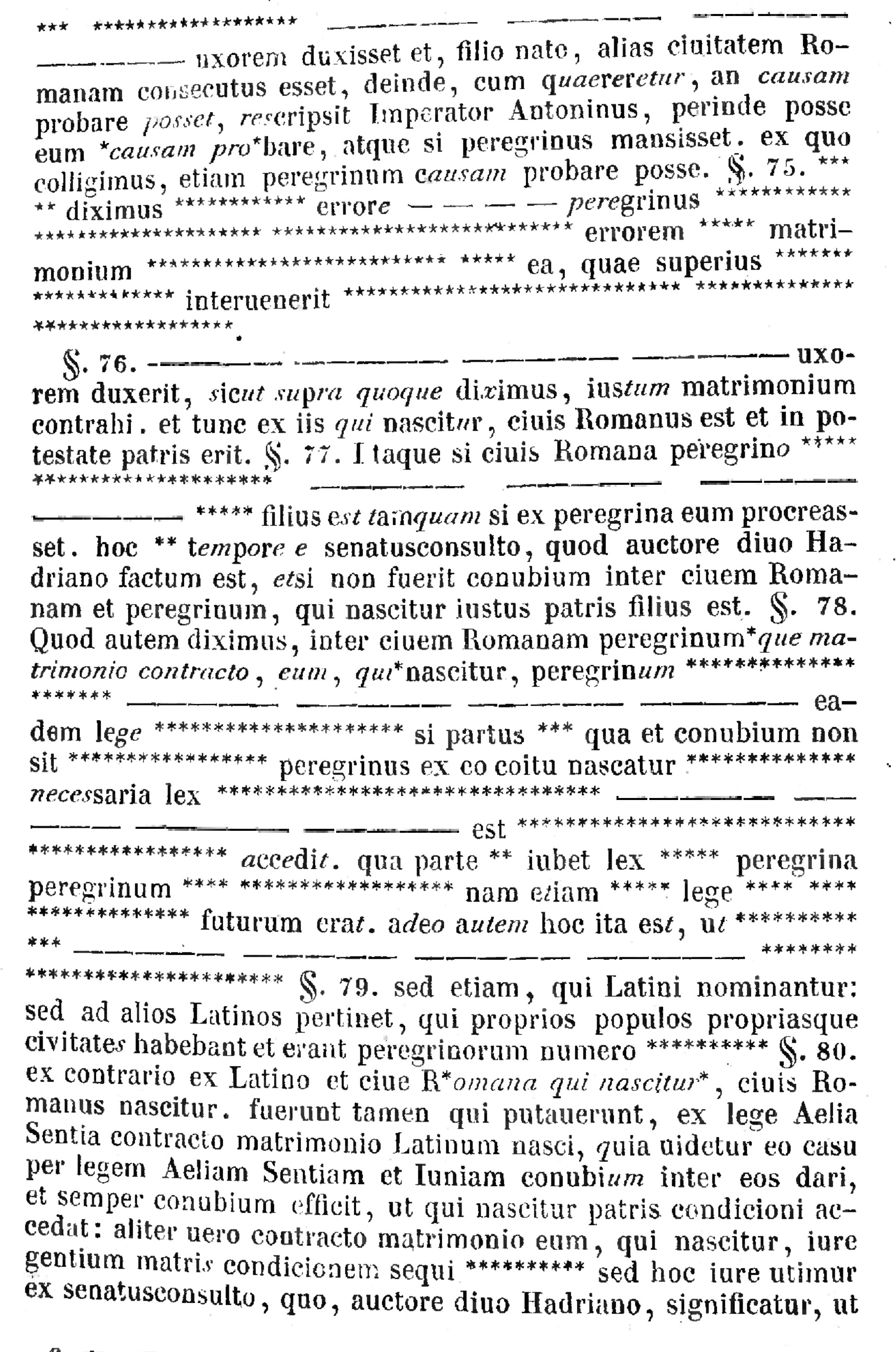
§. 71. Además el ciudadano de Roma que creyéndose latino se haya casado con una latina, cuando llegue á tener un hijo, puede justificar la equivocacion, al modo que si hubiera contraido las nupcias segun la ley Ælia Sencia. Estiéndese tambien esta disposicion á los que conceptuándose extranjeros, por mas que sean ciudadanos de Roma, se hayan casado con extranjeras; pues el senadoconsulto les concede que despues de haber tenido un hijo, puedan probar la causa de error; hecho lo cual, la esposa extranjera pasa á ser ciudadana romana, y el hijo no solo adquiere el derecho de ciudadanía romana, sino que queda sujeto á la patria potestad.

§. 72. Cuanto hemos dicho del hijo debe entenderse igualmente de la hija.

§. 73. Para la prueba de error nada importa la edad del hijo ó de la hija..... al paso que la prueba de causa no puede verificarse ínterin el hijo ó hija no tengan ya un año. No ignoro que en un rescripto de Adriano se previene igual requisito para justificar la causa de error.....

(*Fere V linea desunt.*)

§. 74. Por lo que respecta al extranjero...., que habiéndose



*** ****************** ———— ———— ————

———— uxorem duxisset et, filio nato, alias ciuitatem Romanam consecutus esset, deinde, cum _quaereretur_, an _causam_ probare _posset_, _re_scripsit Imperator Antoninus, perinde posse eum *_causam pro_*bare, atque si peregrinus mansisset. ex quo colligimus, etiam peregrinum _causam_ probare posse. §. 75. *** ** diximus *********** error_e_ — — — — _pere_grinus *********** ******************* ************************* errorem ***** matrimonium *************************** ***** ea, quae superius ******* *********** interuenerit ******************************* ************ ****************.

§. 76. ———— ———— ———— ———— uxorem duxerit, _sicut supra quoque_ di_x_imus, ius_tum_ matrimonium contrahi. et tunc ex iis _qui_ nascit_ur_, ciuis Romanus est et in potestate patris erit. §. 77. Itaque si ciuis Romana peregrin_o_ ***** ******************* ———— ———— ————

———— ***** filius _est tamquam_ si ex peregrina eum procreasset. hoc ** t_empore e_ senatusconsulto, quod auctore diuo Hadriano factum est, _et_si non fuerit conubium inter ciuem Romanam et peregrinum, qui nascitur iustus patris filius est. §. 78. Quod autem diximus, inter ciuem Romanam peregrinum*_que matrimonio contracto_, _eum_, _qui_*nascitur, peregrin_um_ ************* ****** ———— ———— ———— ———— eadem le_ge_ ******************** si partus *** qua et conubium non sit **************** peregrinus ex eo coitu nascatur ************* _neces_saria lex ******************************* ———— ———— ———— ———— ———— est ****************************** *************** _accedit_. qua parte ** iubet lex ***** peregrina peregrinum **** **************** nam e_t_iam ***** lege **** **** ************* futurum era_t_. a_deo_ a_utem_ hoc ita es_t_, u_t_ ********* *** ———— ———— ———— ———— ******* ******************** §. 79. sed etiam, qui Latini nominantur: sed ad alios Latinos pertinet, qui proprios populos propriasque civitate_s_ habebant et erant peregrinorum numero ********* §. 80. ex contrario ex Latino et ciue R*_omana qui nascitur_*, ciuis Romanus nascitur. fuerunt tamen qui putauerunt, ex lege Aelia Sentia contracto matrimonio Latinum nasci, _q_uia uidetur eo casu per legem Aeliam Sentiam et Iuniam conubi_um_ inter eos dari, et semper conubium efficit, ut qui nascitur patris condicioni accedat: aliter uero contracto matrimonio eum, qui nascitur, iure gentium matri_s_ condicionem sequi ********* sed hoc iure utimur ex senatusconsulto, quo, auctore diuo Hadriano, significatur, ut

§. 75. _Ea quae superius_. Conf. §. 68.
§. 76. _Sicut supra quoque diximus_. Conf. §. 56.
§. 77. _Hoc ** tempore_ etc. Conf. infra §. 92.
§. 78. Conf. Vlpianus, Fragm. V, § 8.
§. 80. _Et semper conubium — — accedat_. Conf. supra §. §. 56. et 67. _ex senatusconsulto_ etc. Conf. supra §. §. 30 et 66.

casado y tenido un hijo, consiga por otro medio la ciudadanía romana; consultado el emperador Antonino acerca de si se le admitiría á practicar la justificacion de causa, resolvió que podia hacerlo: de lo cual deducimos que el extranjero tiene tambien el derecho de probar la causa.

§. 75. . . . .

(*VIII linearum verba fere desunt*).

. . . .

§. 76..... Haya tomado una esposa, como ya lo hemos dicho antes, contrae un matrimonio legítimo, y el hijo que nace de semejante union es ciudadano romano y está sometido á la patria potestad.

§. 77. De modo que cuando una ciudadana romana se case con un extranjero..... la condicion del hijo es idéntica á si el padre lo hubiera tenido de una extranjera. En la actualidad, segun un senadoconsulto, hecho con autorizacion del emperador Adriano, aunque no exista el *conubium* entre la ciudadana romana y el extranjero, con todo el hijo que nace de esta union se considera hijo legítimo de su padre.

§. 78. Al decir que el hijo nacido de matrimonio entre ciudadana romana y un extranjero, nace extranjero. . . . .
. . . .

(*Fere XIV linearum verba desunt*).

. . . .

§. 79......Sino tambien los que se llaman latinos; pero corresponden á aquellos otros latinos que formaban naciones aparte y eran considerados como extranjeros.....

§. 80. Por el contrario, el hijo que nace de un latino y de una ciudadana romana, es desde luego ciudadano romano. No obstante ha habido jurisconsultos que creian latino al hijo habido de matrimonio, cuya celebracion sea con arreglo á la ley Ælia Sencia; pues parece que en este caso, la misma ley citada y la Junia conceden á los desposados el *conubium*, del cual es siempre efecto necesario que el hijo siga la condicion del padre. Por otra parte, si el matrimonio se contrae de diferente manera el hijo sigue por derecho de gentes la condicion materna..... Pero nosotros en esta parte nos atenemos al senadoconsulto, que aprobó el emperador Adriano, el cual declara...... ciudadano

** ex Latino et ciue Romana natus ciuis Romanus nascatur. §. 81. *His conuenienter etiam illud* senatusconsulto, diuo Hadriano *sacratissimo* auctor*e*, significatur, ut ex Latino **et** peregrina, item contra ex peregrin**o et Latina qui nascitur** matris condicionem sequatur. §. 82. Illud quoque his conueniens est, quod ex ancilla et libero iure gentium seruus nascitur, et ex libera et seruo liber nascitur. §. 83. Animaduertere tamen debemus nec iuris gentium regulam, (*si eam*) uel lex aliqua, uel quod legi*s* uicem optinet, aliquo casu commutauerit. §. 84. Ecce enim ex senatusconsulto Claudiano poterat ciuis Romana, quae alieno *ser*uo uolente domino eius coi*sset*, ipsa ex pactione libera permanere, sed seruum procreare: nam quod inter eam et dominum istius serui conuenerit, ex senatusconsulto ratum esse iubetur. sed postea diuus Hadrianus iniquitate *rei* et inelegantia iuris motus restituit iuris gentium regulam, ut cum ipsa mulier libera permaneat, liberum pariat. §. 85. Ex (*diuerso ex*) a*n*cilla et libero poterant liber*i* nasci: nam ea lege cauetur, ut si quis cum aliena ancilla, quam credebat liberam esse, coierit, siquidem masculi nascantur, liberi sint, si uero feminae, ad e*u*m per*t*ineant, cuius mater ancilla fuerit. sed et in hac specie diuus Vespasianus in*e*legancia iuris motus restituit iuris gentium regulam, ut omnimodo, etiamsi masculi nascantur, serui sint eius, cuius et mater fuerit. §. 86. Sed illa pars eiusdem legis salua est, ut ex libera et seruo alieno, quem sciebat seruum esse, serui nascantur. Itaque apud quos talis lex non est, qui nasc*i*tu*r* iure gentium matris condicionem sequitu*r*, et ob id liber est.

§. 87. Quibus autem casibus matris et non patris condicionem sequitur qui nascitur, iisdem casibus in potestate eum patris, etiamsi is ciuis Romanus sit, non esse plus quam manifestum est. et ideo superius rettulimus, quibusdam casibus per errorem non iusto contracto matrimonio senatum intervenire et emendare uitium matrimonii, eoque modo plerumque efficere, ut in potestatem patris filius redigatur. §. 88. Sed si ancilla ex ciue Romano conceperit, deinde manumissa ciuis Romana fac-

§. 82. *Ex ancilla — seruus nascitur*. Conf. Vlpianus, Fragm. V, §. 9.

§. 84. *poterat — — libera permanere*. Conf. Tacitus, Annal. Lib. XII, cap. 53. Paulus, Sent. recept. IV, 10, §. 2. Fragm. veter. ICti de jur. fisc. §. 12.

§. 86. *Sed — — nascantur*. Conf. Papinianus, L. 2, pr. ne de statu defunct. item L. 3. C. sol. matr. (Antonin.)

§. 87. *et ideo superius rettulimus*, etc. Vid. §. §. 67 seqq.

romano al hijo nacido de un latino y de una ciudadana romana.

§. 81. Conforme con estos principios, el mismo senadoconsulto dispone que el hijo de latino y extranjera, ó de extranjero y latina siga la condicion de la madre.

§. 82. Otra consecuencia de esto es, que por derecho de gentes el hijo habido de una esclava y un hombre libre, nace esclavo; por el contrario el que debe su existencia á una mujer libre y un esclavo, es desde luego libre.

§. 83. Sin embargo esta regla del derecho de gentes no tiene aplicacion á los casos, en los cuales esté modificada por alguna ley o cualquier otro acto con fuerza de ley.

§. 84. En efecto segun el senadoconsulto Claudiano, la ciudadana romana que tuviese comercio con un esclavo mediante el consentimiento del señor, podia, caso de estipularlo así, continuar en ser libre, y sin embargo dar á luz un hijo esclavo; pues dicho senadoconsulto confirmaba el pacto hecho por la mujer y el propietario del esclavo. Mas despues el emperador Adriano impulsado por la iniquidad de este acto y la inconveniencia de semejante disposicion, restableció la regla del derecho de gentes, por la cual cuando la mujer permanece libre, el hijo que nazca de ella es tambien libre.

§. 85. Por el contrario, los hijos de una esclava y de un hombre libre podian nacer libres; porque conforme á aquella ley si alguno se uniere á una esclava agena, creyéndola libre, los hijos habidos de semejante union, nacen libres si son varones; pero en el caso de ser hembras, pertenecen al señor de quien fuere esclava la madre. Mas tambien en esta parte el emperador Vespasiano movido por la irregularidad de tales disposiciones, restableció la regla del derecho de gentes, segun la cual los hijos, aunque nazcan varones, son esclavos de aquel á quien perteneciere la madre esclava.

§. 86. Consérvase no obstante el artículo de la misma ley, que declara esclavos á los hijos nacidos de una mujer libre y de un esclavo ageno, cuya condicion no ignoraba ella. Por consiguiente en los paises donde esta ley no existe, el hijo sigue por derecho de gentes la condicion de su madre, y por lo tanto es libre.

§. 87. Es indisputable que cuantas veces el hijo sigue la condicion de la madre y no la del padre, no está sujeto á la patria potestad, ni aun en el caso de que el padre sea ciudadano romano. Por eso hemos dicho anteriormente que cuando en algunas ocasiones se contrae un matrimonio ilegítimo por equivocacion, puede aplicarse el senadoconsulto que enmienda el vicio del matrimonio; y por este medio el hijo entra las mas veces en la patria potestad.

§. 88. Pero cuando una esclava, que ha quedado en cinta por comercio con un ciudadano romano, viniese á parir despues de obtenida su libertad y hecha ciudadana romana por manumision, el

ta sit, et tunc pariat, licet ciu_is_ Romanus sit, qui nascitur, sicut pater eius, non tamen in potestate patris est, quia neque ex iusto coitu conceptus est, neque ex ullo senatusconsulto talis coitus quasi iustus constituitur.

§. 89. Quod autem placuit, si ancilla ex ciue Romano conceperit, deinde manumissa pepererit, qui nascitur liberum nasci, _na_turali ratione fit. nam hi qui illegitime concipiuntur, statum summunt ex eo tempore, quo nascuntur: itaque si ex libera nascuntur, liberi fiunt, nec interest, ex quo mater eos conceperit, cum ancilla fuerit. At hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum summunt. §. 90. Itaque si cu_i_ mulieri *_ciui Romanae praegnanti_* aqua et igni _inter_dictum fuerit, eoque modo peregr_i_na *_fiat_, _e_*t tunc pariat, complures distinguunt et puta_n_t, siquidem ex iustis nuptiis conceperit, ciuem Romanam ex ea nasci, si uero uolgo conceperit, peregrinum ex ea nasci. §. 91. Item si qua mulier ciuis Romana praegnas ex senatusconsulto Claudiano ancilla facta sit ob id, quod alieno seruo, *_inuito et_* denunciante domino eius, (_coierit_,) compl_ures distin-gu_unt et existimant, siquidem ex iustis nuptiis concep_er_it, ciuem Romanum ex ea nasci, si uero uolgo concep*_erit_, _seruum_* nasci eius, cuius mater facta est ancill*_a_. §. 92. _Item pere_*grina quoque si uulgo conceperit, deinde ciuis Romana *_facta sit_, _et pa-ri_*at, ciuem Romanum parit; si uero ex peregrino, (_cui_) secundum leges moresque peregrinorum coniuncta _est_, uidetur ex senatusconsulto, quod auctore diuo Hadriano factum *_est_*, peregrinus (_nasci_), _n_i_s_i patri _e_ius ciuitas Romana _quaesit_a _s_it.

§. 93. Si peregrinus ****************************** no_n_ ali_ter f_ilii in potestate _eius f_iun_t_, q_uam s_i —*_eos in potes_*_t_ate_m_ redegerit. quod ita demum is facit, si causa cognita aestimauerit, hoc filiis expedire: diligentius atque exactius _uero_ causam cognoscit de impuberibus absentibusque. et haec ita edicto diui Hadriani significantur. §. 94. Item si _q_uis cum uxore praegnante ciuitate Romana donatus sit, quamuis is qui nascitur, ut supra diximus, Romanus sit, tamen in potestate patris non fit. idque subscrip-

§. 89. Conf. Epitome, I, 4, §. 9. Vlpianus, Frag. V, §. 10.
§. 91. _si qua mulier — — — domino eius._ Conf. infra §. 160.
§. 92. _si uero ex peregrino_ etc. Conf. supra §. 77. et infra 94.
§. 93. _Si — — redegerit._ Conf. infra Commentar. III. §. 20. item Plinius, Lib. X, epist. 6. et in Panegyr. cap. 37. _et haec ita_ etc. Conf. supra §. 55.
§. 94. _ut supra diximus._ Conf. §. 92.

hijo que nazca, por mas que sea ciudadano romano como su padre, no está sometido á la patria potestad; porque ni ha sido concebido de legítima union, ni hay ningun senadoconsulto que declare válido semejante enlace.

§. 89. En cuanto á la disposicion de que sea libre el hijo concebido por una esclava á consecuencia de trato con un ciudadano romano, siempre que el parto ocurra despues de manumitida la madre, se funda en la razon natural; porque el estado de los hijos, cuya concepcion es ilegítima, se determina por la época en que acaece el nacimiento: por consiguiente si nacen de una madre libre, son ellos libres, sin que importe nada que la madre cuando los concibió fuese esclava. Por el contrario los hijos concebidos legítimamente adquieren su estado conforme al tiempo en que se verificó la concepcion.

§. 90. Por eso si se pusiese el entredicho del agua y del fuego á una ciudadana romana en estado de preñez, y despues de reducida por este medio á la condicion de extranjera, sobreviene el parto, entonces la mayor parte de los jurisconsultos hacen una distincion, opinando, que si ella ha concebido de legítimas nupcias, el hijo nace ciudadano romano; y si la concepcion es el fruto de un comercio ilegítimo, el hijo nace extranjero.

§. 91. Del mismo modo si una ciudadana romana fuere condenada á la esclavitud durante su preñez en virtud del senadoconsulto Claudiano, por haber tenido trato con un esclavo contra la voluntad del señor y apesar de sus amonestaciones, la mayor parte de los jurisconsultos distinguen tambien el caso, y piensan que si la concepcion proviniese de legítimas nupcias, el hijo nacerá ciudadano romano; y por el contrario si la concepcion fuese el resultado de una union ilegítima, el hijo nacerá esclavo de aquel señor cuya es la madre esclava.

§. 92. Sucede lo mismo á la extranjera que, despues de haber concebido á consecuencia de un trato ilícito, se hiciera ciudadana romana antes del parto, cuyo hijo nace ciudadano romano; pero si la concepcion resulta de matrimonio contraido con un extranjero, al cual se ha enlazado ella con arreglo á las leyes y costumbres de los extranjeros, parece que segun el senadoconsulto autorizado por Adriano el hijo nace extranjero, á no ser que el padre haya adquirido el derecho de ciudadanía romana.

§. 93. Si un extranjero..... sus hijos no se sujetan á su potestad, sino cuando el emperador lo ordenare así, lo cual no hace este sin juzgar con conocimiento de causa que esta determinacion conviene á los hijos; el conocimiento de causa es mas solícito y escrupuloso si el hijo fuere impuber ó estuviere ausente. Estas disposiciones están contenidas en un edicto de Adriano.

§. 94. Tambien si alguno obtuviere el derecho de ciudadanía romana juntamente con su esposa, á la sazon preñada, por mas que el hijo nazca ciudadano romano, como digimos antes, no está sujeto á la potestad paterna, segun declara un res-

tione diui Hadriani significatur. qua de causa qui intellegit uxorem suam esse praegnatem, dum ciuitatem sibi et uxori ab Imperatore petit, simul ab eodem petere debet, ut eum, qui natus erit, in potestate sua habeat. §. 95. Alia causa est eorum, qui Latini sunt *et* cum liberis suis ad ciuitatem Romanam perueniunt: nam horum i*n* **potestate fiunt** liberi. quod ius quibusdam pe*regrinis* *** ———— ———— ———— ———— §. 96. magistratum gerunt, ciuitatem Romanam consequuntur, minus latum est, cum hi tantum, qui uel magistratum, uel honorem gerunt, ad ciuitatem Romanam perueniunt. idque compluri*bus* epistulis Principum significatur.

———— ———— ———— ———— §. 97. **Non solum autem naturales liberi, secundum ea, quae** diximus; in potestate nostra sunt, uerum et*iam* hi, quos adoptamus. §. 98. Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate, aut imperi*o* magistratus, uel*ut* Praetoris. §. 99. Populi auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt: quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is, qui adoptat, rogatur, id est, interrogatur, an uelit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse; e*t* is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiatur; et populus rogatur, an id fieri iubeat. Imperio m*a*gistratus adoptamus eos, qui in potestate parentium sunt, s*iue* primum gradum liberorum optineant, qualis est filius et filia, siue inferiorem, qualis est nepos, neptis, pronepos, proneptis. §. 100. Et quidem illa adoptio, quae per populum fit, nusquam nisi Romae fit: at haec etiam in prouinciis aput Praesides earum fieri solet. §. 101. Item per populum feminae non adoptantur, nam id magis placuit. Apu*t* Praetorem uero, uel in pr*o*uinciis aput Proconsule*m* Legatumue etiam feminae solent adoptari. §. 102. Item inpuberem aput populum adoptari aliquando prohibitum est, aliquando permissum est. nunc ex epistula optimi Imperatoris Antonini, quam scripsit Pontificibus, si iusta causa adoptionis esse uidebitur, cum quibusdam condicionibus permissum est. Aput Praetorem uero et in prouinciis aput Pro-

§. 96. Conf. Appianus, de Bell. civ. Lib. II, cap. 26. Strabo, Lib. IV. (pag. 186. 187.) Asconius, in Orat contra Pison (ed a. 1675. pag. 156.)

§. 97. pr. I. de adopt. Conf. Vlpianus, Frag. VIII, §. 1. Epitome I, 5. pr. *secundum ea, quae diximus.* Conf. supra. §. 55.

§. 98. L. 2. pr. de adopt. inscripta: Gajus Libro I. Institutionum. §. 1. I. de adopt. Conf. Vlpianus, Fragm. VIII, §. 2. Epitome, I, 5, §. 1.

§. 99. *Populi — — adrogatio.* cit. L. 2. pr. de adopt. cit. §. 1. I. eod. Conf. Vlpianus, Fragm. VIII, §. §. 3. 2. Epitome, II, 3, §. 3. I, 5, cit. §. 1. *quia et is — — — patiatur.* cit. L. 2. pr. Conf. Epitome, I, 5, cit. §. 1. *Imperio magistratus* etc. cit. L. 2. pr. cit. §. 1. I. Conf. Vlpianus, Fragm. VIII, cit. §. 3. Epitome, II, 3, cit. §. 3. I, 5, cit. §. 1.

§. 100. Conf. Vlpianus, Fragm. VIII, §. 4.

§. 101. Conf. Vlpianus, Fragm. VIII, §. 5. Epitome I, 5, §. 2. item L. 21. de adopt. (ex Nostri Lib. sing. Regul.)

§. 102. Conf. Vlpianus, Fragm. VIII, cit. §. 5.—§. 3. I. de adopt.

cripto de Adriano. Por esto el que conozca la preñez de su esposa, al solicitar para sí y su consorte el derecho de ciudadanía romana, debe pedir igualmente que el hijo que naciese esté sujeto á su potestad.

§. 95. Muy de otra manera sucede con los latinos que han obtenido para sí y sus hijos el derecho de ciudadanos romanos, pues estos últimos están sujetos á la patria potestad. Lo mismo se ha concedido á algunos extranjeros. . . . .

§. 96. .....es menos estenso, porque tan solo los que ejercen algun empleo ó cargo honorífico son los que alcanzan la ciudadanía de Roma, como lo comprueban bien muchas epístolas de los príncipes.

. . . . §. 97. No solamente están sujetos á nuestra potestad los hijos naturales, segun hemos dicho antes, sino tambien los adoptivos.

§. 98. Hácese la adopcion de dos modos, ó por la autoridad del pueblo, ó por la potestad (*imperio*) de un magistrado, por ejemplo, el pretor.

§. 99. Adoptamos por la autoridad del pueblo á los que dependen de sí mismos (*sui juris sunt*) y esta especie de adopcion recibe el nombre de *adrogacion*, porque se pregunta (*rogatur*, *id est*, *interrogatur*) al adoptante si quiere que aquel que vá á ser adoptado sea su hijo legítimo, á este si consiente en ello, y al pueblo si presta su autorizacion. Adoptamos por la potestad de un magistrado á aquellos que dependen de sus ascendientes, ya sea que ocupen el lugar de hijos ó hijas, ya el de nietos ó nietas, biznietos ó biznietas.

§. 100. La adopcion hecha ante el pueblo, solo se practica en Roma, bien que en las provincias suele verificarse ante el presidente.

§. 101. Además las mujeres no son adoptadas ante el pueblo, porque así ha parecido mas conveniente. Sin embargo es comun el adoptarlas ante el pretor, ó ante el procónsul ó el legado en las provincias.

§. 102. Tambien la adopcion ante el pueblo de un impúber ha sido unas veces prohibida y otras permitida. En la actualidad, segun una epístola del muy escelente emperador Antonino, dirigida á los pontífices, es lícito adoptar á un impúber con ciertas condiciones y mediando causa justa. Empero ante el pretor y en

consulem Legatumue cujuscumque aetatis (*homines*) adoptare possumus. §. 103. Ill*ud* uero utriusque adoptionis commune est, q*uod* et hi, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt. §. 104. Feminae uero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent. §. 105. Item si quis per pop*u*lum siue apud Praetorem, uel aput Praesidem prouinciae adoptauerit, potest eundem alii in adoptionem dare. §. 106. Set *et* illa quaestio, an minor natu maiorem natu adoptare possit, utriusque adoptionis commun*is* est. §. 107. Illud proprium est eius adoptionis, quae per populum fit, quod is, qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subiicitur, set etiam liberi eius in eiusdem fiunt potestate, *t*amquam nepotes.

——— ——— ——— ——— §. 108.

Nunc de his personis uideamus, quae in manu nostra sunt. quod et ipsum ius proprium ciuium Romanorum est. §. 109. Sed in potestate quidem et masculi et feminae esse solent: in manum autem feminae tantum conueniunt. §. 110. Olim itaque tribus modis in manum conueniebant: vsu, farreo, coemptione. §. 111. Vsu in manum conueniebat, quae anno continuo nupta perseuerabat: nam uelut annua possessione usucapiebatur, in familiam uiri transibat, filiaeque locum optinebat. itaque lege duodecim tabularum cautum *erat*, si qua nollet eo modo in manum mariti conue*nire*, *ut quotan*nis trinoctio abesset, atqu*e ita usum* cuiusque anni interrumperet. set hoc totum ius partim legibus sublatum est, partim ipsa desuetudine oblitteratum est. §. 112. Farreo in mamu*m* conueniunt *per* quoddam genus sacrificii ******* ********* in quo farreus panis adhibetur: unde etiam confarreatio dicitur. **sed com**plura praeterea huius iuris ordinaudi gratia cum certis et sollemnibus uerbis, praesentibus decem testibus aguntur et fiunt. quo*d* ius etiam nostris temporibus in usu est: nam Flamines maiore*s*, id est, Diales, Martiales, Quirinales ***

§. 103. cit. L. 2. de adop. §. 1.—§. 9. I. de adop. Conf. Vlpianus, Fragm. VIII, §. 6. Epitome, I, 5, §. 3.

§. 104. §. 10. I. de adopt. Conf. Vlpianus, Fragm. VIII, §. 8. Epitome, I, 5, cit. §. 2.

§. 105. §. 8. I. de adopt.

§. 106. Conf. §. 4. I. de adopt.

§. 107. cit. L. 2. de adopt. §. 2.—§. 11. I. de adopt. Conf. Epitome, I, 5, §. 4. Vlpianus, Fragm. VIII, §. 8

§. 110. Conf. Servius Danielis, ad Georg. Lib. I, vers. 31. Boethius, Commentar. in Topic. Cicer. Lib. II. (ad cap. 3.) Arnobius, Disputat. adv. gent. Lib. IV. med.

§. 111. Conf. Cicero, pro Flacco, cap. 34. Servius Danielis, loc. cit. Gellius, lib. III, cap. 2. Macrobius, Saturnal. Lib. I, cap. 3.

§. 112. *Farreo — — — aguntur et fiunt.* Conf. Vlpianus, Fragm. IX, Servius Danielis, loc. cit. et ad Aeneid. Lib. IV, vers. 104. et 374. Dionysius Halicarnass., Antiquitat. Rom. Lib. II, cap. 25. (pag. 95.) *nam Flamines etc.* Conf. Tacitus, Annal. Lib. IV, cap. 16. Servius, ad Aeneid. loc. cit. Boethius, loc. cit.

las provincias ante el presidente ó el legado podemos adoptar á individuos de cualquier edad.

§. 103. Tienen de comun entrambas adopciones, que aun aquellos que son impotentes para engendrar, como sucede á los espadones, les es permitido sin embargo adoptar.

§. 104. Pero no es así respecto á las mujeres, porque estas no pueden tener bajo su potestad ni aun á los hijos naturales.

§. 105. Además, si alguno adoptare á otro, bien sea ante el pueblo, bien ante el pretor ó el presidente de la provincia, tiene facultad para entregarlo en adopcion á un tercero.

§. 106. Es tambien comun á ambas adopciones la cuestion de si uno podrá adoptar á otro de mas edad.

§. 107. Un carácter especial de la adopcion ante el pueblo es, que si el adrogado tiene hijos, somete á la potestad del adrogante no solo su persona sino tambien á sus hijos en cualidad de nietos.

TITUTO VI.

De las personas que están sometidas al poder (*qua in manu sunt.*)

§. 108. Examinemos ahora aquellas personas que están sujetas al poder (*manus*), derecho que tambien es uno de los peculiares del pueblo romano.

§. 109. Las mujeres y los hombres pueden igualmente estar sometidos á la potestad de otro, pero al poder (*in manu*) solamente llegan a estar sujetas las mujeres.

§. 110. Antiguamente la mujer quedaba sujeta al poder (*in manu*) de tres maneras: por el uso (*usus*) por el *farreum* y por la compra (cœmptio).

§. 111. La mujer que durante un año sin interrupcion hacia vida conyugal con su marido, quedada sometida al poder de este por el uso (*usu*), pues como entonces era, digámoslo así, usucapida por la posesion anua, pasaba á la familia del esposo en lugar de hija. Por esto la ley de las Doce Tablas prevenia que si la mujer no consideraba conveniente el someterse al poder (*manus*) de su marido, se ausentase tres noches en cada año, é interrumpiese así la posesion anual. Mas todas estas disposiciones han sido en parte derogadas por leyes posteriores, y en parte han caido en desuso.

§. 112. Las mujeres se sujetan tambien al poder del marido por el *farreum*, mediante cierto género de sacrificio......... en el cual se sirve una torta hecha con harina de trigo (*panis farreus*) de donde proviene el nombre de confarreacion dado á esta ceremonia. Sin embargo, para completar el acto y que quede constituido aquel derecho es indispensable practicar otros muchos ritos y pronunciar ciertas palabras solemnes en presencia de die testigos. Aun en el dia mismo se observan estas ceremonias, pue los sacerdotes superiores (*Flamines mayores*) es decir los de Jú

****** sacrorum nisi *** co*n*farreatio ****************************** §. 113. **Coemptione in* ma*nu*m conue*n*iun*t* per mancipacione*m*, *id est**, per quandam imaginariam uenditionem, *adhi*bitis non m*i*nu*s* quam v testibus, ciuibus Romanis puberibus, item libripend*e*, *praeter* mulierem eum*que*, cuius in manum convenit. §. 114. Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo: *** aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciae causa. *quae* enim cum marito suo facit coemptionem, (*ut*) aput eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem: quae uero alte*r*ius rei causa facit coemptionem cum extraneo, uelut tutelae euitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem. §. 115. Quod est tale: si qua uelit quos habe*t* tutores reponere, ut alium nancisc*a*tur ************ coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa uelit, et ab eo uindicta manumissa incipit eum habere tu*t*orem, (*a*) quo manumissa est, qui tutor fiduciarius dicitu, sicut inferius appare*b*it. §. 115. Olim etiam testamenti faciendi gratia *f*iduciar*i*a fiebat coemptio. tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis qui*bus*dam personis, quam si coemptionem fecisse*nt re*mancipataeque *et* manumissae fuissent. set h*a*nc nece*ssitatem* coemptionis fac*ienda*e ex auctoritate diui Hadriani senatus remisit. **************** femina *************** ****************** §. 115.[b] fi*d*uciae causa cum *uiro suo f*ecer*it* *coemptionem*, nihilominus filiae loco incipit esse. nam si omnino qualibet ex causa uxor in manu ui*r*i *sit*, pl*acuit*, eam (*ius*) filiae nancisci.

——————— ——————— ——————— ——————— §. 116. Superest, ut exponamus, quae personae in mancipio sint. §. 117. Omnes igitur liberorum personae, *siue* masculi*ni*, si*ue* fem*inini* *sexus*, *si* in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem

§. 113. Conf. Cicero, pro Flacco, cit. cap. 34. et de Oratore, Lib. I, cap. 56. Servius Danielis, ad Aeneid. Lib. IV, vers. 103. et 214. item ad Georg. loc. cit. Boethius, loc. cit. Isidorus, Origin. Lib. V, cap. 24. vers. fin. *adhibitis — — libripende.* Priscianus, Lib. VI in fin. (ap. Putsch. pag. 726.) post verba: Cajus in primo Institutorum.

§. 114. *sed etiam cum extraneo* Conf. infra §. 118. et Commentar. II. §. 139. item Cicero, pro Muraena, cap. 12. *matrimonii causa.* Conf. Gellius, Lib. IV, cap. 3. *ut aput eum filiae loco sit.* Conf. infra §. §. 115.[b] 118. 136. nec non Commentar. II. §. §. 139. 159, et Commentar. III. §. §. 3. 40. item Boethius, loc. cit. et Servius, ad Georg. loc. cit.

§. 115. *remancipata* Conf. Festus, in voc. Remancipatam *sicut inferius apparebit.* Vid. §. 195.

§. 115.[a] *Olim — — — fuissent.* Conf. Cicero, Topic. cap. 4. Livius. Lib. XXXIX, cap. 9. Gellius, Lib. I, cap. 12. Plutarchus, in Numa, cap. 10. (pag. 66.) De mulierum testamentis praeterea conferenda sunt loca haec: hujus Commentar. §. 192. Commentar. II. §. §. 112. 113. 118. 119. 121. 122. Commentar. III. §. §. 43. 44. item Vlpianus, Fragm. XX, §. 15. XXIX, §. 3.

§. 116. De liberis hominibus mancipio dandis conferendi sunt Livius, Lib. XLI, cap. 8. et Festus sub voce Deminutus.

piter (*Diales*); los de Marte (*Martiales*); los de Rómulo (*Quirinales*)......

§. 113. La coempcion es otro medio que sujeta á las mujeres al poder por mancipacion, es decir, por cierta venta ficticia, hecha en presencia de cinco testigos, todos púberes y ciudadanos romanos, de un libripende (*libripens*) además de la mujer y de aquel que vá á adquirir sobre ella este derecho.

§. 114. Puede la mujer celebrar esta especie de venta (*evemptio*) no solamente con su marido sino tambien con un estraño. De aquí es que la coempcion se dice hecha unas veces por causa de matrimonio, y otras fiduciariamente. La mujer que se vende ficticiamente á su marido, para ocupar el lugar de hija suya, se dice que ha practicado la coempcion por causa de matrimonio; pero la que lo hace con un estraño por otro motivo diferente, como por ejemplo á fin de mudar de tutor, dícese que practica la coempcion por causa de fiducia.

§. 115. Hé aquí como esto se verifica. Cuando una mujer quiere cambiar de tutor...... celebra ella dicha venta ficticia; en seguida el comprador (coemptionator) la remancipa al individuo designado por ella: este la manumite por vindicta, desde cuyo punto la mujer queda sometida á la tutela del último, el cual, como veremos despues, se llama tutor fiduciario.

§. 115.[a] Antes se practicaba tambien la coempcion fiduciaria con el fin de hacer testamento, porque entonces las mujeres, escepto muy pocas, solamente tenian el derecho de testar, cuando despues de celebrada la coempcion eran remancipadas y manumitidas; mas el senado con aprobacion del emperador Adriano, suprimió este requisito......

§. 115.[b] Aun en el caso de que la mujer haya verificado la coempcion fiduciaria con su marido, ocupa sin embargo el lugar de hija de este, pues sea cual fuere la causa por la que se somete la mujer al poder del marido, está determinado que adquiera siempre los derechos de hija suya.

TITULO VII.

De los que están en mancipio (in mancipio).

. . . .

§. 116. Réstanos por esponer qué personas están en mancipio.

§. 117. Todos los hijos, sean varones ó hembras, sometidos á la potestad de un ascendiente, pueden ser mancipados por él, del mismo modo que lo son los esclavos.

modo possunt, quo etiam servi mancipari possunt. §. 118. Idem iuris est in earum personis, quae in manu sunt. nam feminae a coemptionatoribus eodem modo possunt ****************** aput coemptionatorem filiae loco sit ***** nupta sit **, nihilominus etiam quae ei nupta non est, nec ob id filiae loco sit, ab eo mancipari possit. §. 118.[a] Plerumque solum et a parentibus et a coemptionatoribus mancipantur, cum uelint parentes coemptionatoresque e suo iure eas personas dimittere, sicut inferius euidentius apparebit. §. 119. Est autem mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam uenditio: quod et ipsum ius proprium ciuium Romanorum est. eaque res ita agitur, adhibitis non minus q*uam* quinque testibus, ciuibus Romanis puberibus, et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens: is, qu*i* mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO, ISQVE MIHI EMPTUS EST HOC AERE AENEAQVE LIBRA: deinde aere percutit libram, idque aes dat ei, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco. §. 120. Eo modo et seruiles et liberae personae mancipantur. animalia quoque, quae mancipi sunt, quo in numero habentur boues, equi, muli, asini; item praedia tam urbana, quam rustica, quae et ipsa mancipi sunt, quali*a* sunt Italica, eodem modo solent mancipari. §. 121. In eo solo praedior*um* mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serui*l*es et liberae, item animalia, quae mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipari non possunt: adeo quidem, ut eum, (*qui*) mancipio acc*i*pit, apprehendere id ipsu*m*, quod e*i* mancipio datur, necesse sit: unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur. praedia uero absentia solent mancipari. §. 122. Ideo autem aes et libra adhibetur, quia olim aereis tantum nummis utebantur; et erant asses, dupondii, semis*ses e*t *qu*adr*an*tes, nec ullus aureus uel argenteus *numm*us *in usu* erat, sicut ex lege XII tabularum intellegere possumus: eorumque num-

§. 118.[a] *sicut inferius euidentius apparebit.* Conf. infra §. §. 132. 134. 141.

§. 119. Boethius, Commentar. in Topic. Cicer. Lib. III. (ad cap. 5) post verba: Ejusdem autem Caji Libro primo Institutionum de nexu faciendo haec verba sunt. Conf. Vlpianus. Fragm. XIX, §. 3. Epitome, I, 6, §. 3. Theophilus, I, 12, §. 6. *ut supra quoque diximus.* Vid. §. 113. *quod — Romanorum est.* Conf. infra Commentar. II. §. 65. item Vlpianus, Fragm. XIX, §. 4. *qui libram — libripens.* Priscianus, Lib. VI. in fin. (ap. Putsch. pag. 726.) post. verba: Cajus in primo Institutorum etc. In eodem. Conf. Commentar. III. §. 167.

§. 120. Conf. Vlpianus, Fragm. XIX, §. 1. *qualia sunt Italica.* Conf. infra Commentar. II. §. §. 19. 21. 27. 35.

§. 121. Conf. Vlpianus, Fragm. XIX, §. 6. *ut eum — — — capitur.* Conf. Isidorus. Origin. Lib. V, cap. 25.

§. 122. Conf. Isidorus, Origin. Lib. XVI, cap. 17. Plinius, Hist. nat. Lib. XXXIII, cap. 3. post init. Varro, de Ling. Lat. Lib. IV, (ap. Gothofred. pag. 28. 30.) Festus, in voc. Grave aes. Dionysius Hal., Antiq. Rom. Lib. IX, cap. 27. (pag. 586.) Gellius, Lib. XX, cap. 1. *nomen adhuc in usu retinetur.* Conf. Isidorus, loc. cit. cap. 24.

§. 118. Sucede lo mismo respecto á las personas que están *in manu*, por cuya razon las mujeres pueden ser mancipadas de la propia manera por sus *coempcionadores*....... ocupe el lugar de hija del *coempcionador*.......... esté casada.......... no obstante, tiene tambien el derecho de mancipar á la mujer que no ha contraido nupcias con él, ni está por consiguiente en el lugar de hija suya.

§. 118.[a] Por lo comun tanto los ascendientes cuanto los coempcionadores mancipan á estas personas con el solo objeto de hacerlas salir de su poder, como evidentemente se verá mas adelante.

§. 119. La mancipacion, como hemos dicho antes, es cierta especie de venta ficticia, y uno de los derechos propios y esclusivos de los ciudadanos romanos. Se practica ante cinco testigos por lo menos, ciudadanos romanos púberes, y además ante otra persona de la misma condicion llamada el libripende (*libripens*), que tenga el peso de metal. La persona que recibe en mancipio, teniendo y mostrando la cosa que va á ser mancipada, dice: AFIRMO QUE ESTE HOMBRE ME PERTENECE POR DERECHO QUIRITARIO, Y QUE LO HE COMPRADO CON ESTA MONEDA Y ESTA BALANZA DE METAL. Toca en seguida la balanza con la moneda y entrega esta al vendedor como si fuera el precio del objeto comprado.

§. 120. Así se mancipan los esclavos; las personas libres, los animales *mancipi*, cuales son los bueyes, los caballos, las mulas y los asnos; y así tambien suelen manciparse los predios rústicos y urbanos *mancipi*, como son los predios itálicos.

§. 121. La única diferencia que existe entre la mancipacion de los prédios y la de las demás cosas es que los esclavos, las personas libres y los animales *mancipi* no pueden ser mancipados sin que estén presentes, de tal manera, que el fingido comprador ha de coger indispensablemente con la mano la cosa mancipada, pues precisamente por esta circunstancia (*quia manu res capitur*) es por lo que lleva este acto el nombre de mancipacion; y por el contrario los prédios suelen manciparse sin aquel requisito.

§. 122. El uso de la moneda de cobre y de la balanza es debido á que en lo antiguo no habia otras monedas que las de este metal; tales eran los ases ó libras (*asses*), los ases dobles (*dipondii*), los medios ases (*semisses*) y los cuartos de as (*quadrantes*); pero no se usaba moneda ninguna de oro ni de plata, segun podemos conocer por la ley de las Doce Tablas. Y como el valor de

morum uis et potes_t_as non in numero erat, sed in pondere **** ********* asses librales erant, et dipondii erant ************* _di_pondius d_i_citur ************* ponderis nomen adhuc in usu retinetur. semisse_s_ ** et quadrante_s_ pro rata scilicet portione **** —— —— —— —————— ——————— ——————— *********** ** *_non_* numerabat eam, sed a_pp_endebat. unde serui, quibus *********************************** appellati sunt et ad ******** *** §. 123. Si tamen quaerat ali_quis_, _qua_re ***** coemptio **** ************* nam ea quidem, quae coemptionem fac_i_t ******* ** seruilem condicionem ** mancipa_ti_ mancipataeue seruorum loco constituuntur: adeo quidem, ut ab eo, cuius in mancipio sunt, neque hereditate_m_, neque legata aliter capere poss_i_nt, quam _si_ simul eodem testamento liberi esse iubeantur, sicuti iuris est in persona seruorum. sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus iisdem uerbis mancipio accipi_a_ntur, quibus serui; quod non similiter _fit_ in **********

§. 124. Videamus nunc, quib*_us modis ii_, _qui a_*lieno iur_i_ _subi_ecti sunt, eo iure liberentur.

§. 125. *_Ac_* pri_us_ de his dispiciamus, qui in potestate sunt. §. 126. Et quidem *_serui que_*madmodum *_potestate liberentur, ex iis intellege_*re possumus, quae de seruis manum_ittendis su_perius e_x_posuimus. §. 127. Hi uero, qui *_in potestate pa_*_r_*_entis sunt, mortuo eo sui iuris fiunt. sed hoc di_*stinctionem recipit. nam *_mortuo patre sane_*omnimodo filii filiaeue sui iuris efficiuntur: mortuo uero au*_o non omnimodo nepotes neptesque_* sui *_iuris fiunt, sed ita si post mortem aui_* in patris sui potestatem recasuri non s_unt_. _ita_que si *_moriente auo pater eorum uiuat et in potestate_* patris (_sui_) fuerit, tunc post *_obitum aui_* in potestate pat*_ris sui fiunt: si uero is_*, quo tempore au_us_ moritur, *_aut etiam mortuus est, aut exiit de potestate patris tunc ii quia_* in potestatem eius cadere non possunt, sui iuris fiunt. §. 128. Cum autem is, cui ob aliquod maleficium ex lege po_e_nali aqua et igni interdicitur, ciuitatem Romanam amitt_a_t, sequitur, ut, qui_a_ eo modo ex numero

§. 123. _seruorum loco constituuntur_ etc. Conf. infra §. 138. item Commentar. II. §. 160. et Commentar. III. §. 114.

§. 124. pr. I. quib. mod. jus potest. solv.

§. 126. cit. pr. I. quib. mod. jus pot. solv. _superius exposuimus_. Conf. §. 11. sq.

§. 127. cit. pr. I. quib. mod. jus pot. solv. Conf. Epitome, I, 6, pr. Vlpianus, Fragm. X, §. 2.

§. 128. §. 1. I. quib. mod. jus pot. solv. Conf. Epitome, I, 6, §. 1. Vlpianus, Fragm. X, §. 3.

aquellas monedas consistia en el peso y no en el número.......... habia ases de libra (*librales*), de dos libras (*dipondii*).......... se llama dipondio (*dipodius*)........ aun todavía se conserva en el uso el nombre de peso (*ponderis*). Los medios ases (*semisses*) y los cuartos de as (*quadrantes*) por la porcion determinada........ .... no la contaba sino la pesaba; por donde los esclavos á quienes........ llámanse......

.....§. 123. Si se pregunta sin embargo por qué.............. ....la coempcion.......... porque ciertamente la mujer que verifica la coempcion.......... mancipados ó mancipadas se constituyen en la clase de esclavos, hasta tal punto, que no pueden recibir la herencia ni los legados de la persona que los tuviere en mancipio, si esta no les confiriese la libertad en el mismo testamento, como está determinado respecto de los esclavos. Pero fácilmente se concibe la razon de esta diferencia si se atiende á que los ascendientes y los coempcionadores cedian y recibian en mancipio á dichas personas usando de las mismas palabras que para los esclavos, lo que no sucedia del mismo modo en. . . . . . .

TITULO VIII.

De los modos de acabarse los derechos de potestad (potestatis), *poder* (manus) *y mancipio* (mancipii).

§. 124. Veamos ahora por qué medios las personas dependientes de otras (*alieno jure subjectæ*) quedan libres de esta dependencia.

§. 125. Examinemos en primer lugar aquellas que están bajo la potestad.

§. 126. Por lo que dijimos al tratar de la manumision de los esclavos se comprenderá facilmente de qué manera salen estos de la potestad de sus señores.

§. 127. Por lo que respecta á las personas que están bajo la potestad de un ascendiente, se hacen independientes por la muerte de él, si bien hay que hacer una distincion. Porque por muerte del padre se hacen sin duda alguna independientes (*sui juris*) sus hijos é hijas; mas no siempre sucede lo mismo por muerte del abuelo, porque en este caso, solo quedarán del todo independientes los nietos y las nietas cuando no deban recaer bajo la potestad de su padre. Por tanto, si á la muerte del abuelo vive aun y está sujeto á su potestad el padre, los nietos entran en la potestad de este, luego que falleciere aquel. Mas si por el contrario muere el padre antes que el abuelo ó ha salido ya de su potestad, entonces se hacen independientes los nietos, por cuanto no pueden recaer bajo la potestad de su padre.

§. 128. Como todo aquel á quien por la aplicacion de la ley penal se prohibe el uso del agua y del fuego en castigo de algun delito, pierde el derecho de ciudadanía, de ahí es que no con-

ciuium Romanorum tollitur, proinde ac mortuo eo desinant liberi in potestate eius esse: nec enim ratio patitur, ut peregrinae homo condicionis ciuem Romanum in potestate habeat. Pari ratione et si ei, qui in potestate parentis sit, aqua et igni interdictum fuerit, desinit in potestate parentis esse, quia aeque ratio non patitur, ut peregrinae condicionis homo in potestate sit eius Romani parentis. §. 129. Quodsi ab hostibus captus fuerit parens, quamuis ser*uus inte*rim hostium fiat, pendet ius liberorum propter ius postliminii, q*uia* hi, qui ab hostibus capti sunt, si reuersi fuerint, omn*ia* pristina iura recipiunt. itaque reuersus habebit liberos in potestate: si uero illic mortuus sit, erunt quidem liberi sui iuris, sed utrum ex hoc tempore, quo mortuus est aput hostes parens, an ex illo, quo ab ho*sti*bus captus est, dubitari potest. Ipse quoque filius neposue si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus, propter ius postliminii potestatem quoque parentis in suspenso esse. §. 130. Praeterea exeunt liberi uirilis sexus de patris potestate si Flamines Diales inaugurentur, et feminini sexus si Virgenes Vestales capiantur. §. 131. Olim quoque, quo tempore populus Romanus in Latinas regiones colonias deducebat, q*ui* iusuu parentis ********** ——— ——— ——— ——— ************* *ac*ciperentur alterius ciuitatis ciues. ——— ——— ——— ———

§. 132. Emancipatione **quoque desinunt liberi in pote**state pare**ntium esse. sed** filius quidem ter **mancipatus sui iuris fit, ceteri** uero liberi, siue masculini sexus, siue feminini, una mancipatione exeunt de parentium potestate: lex enim XII tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur, **his** uerbis. SI PATER FILIVM *TER VENVM DVIT, FILIVS A PATRE* LIBER ESTO. *eaque* res ita agitur: mancipat pater filium alicui: is *e*um uindicta manumi*ttit*: eo fact*o* reuertitur in potestatem patris. is eum iterum mancipat uel eidem, uel alii; se*t* i*n usu est ei*dem mancipari: isque manumittit postea simi*liter u*in*dicta* ************* r*ur*sus in potestatem patris ****** reuerti**tur. tunc** tertio pater eum mancipat uel eidem, uel alii; set hoc in usu est, ut eidem. manci*pet* *********** mancipat — — — — — — — — — — nam si nondum manumissus sit, set adhuc in

§. 129. §. 5. I. quib. mod. jus pot. solv. Conf. Vlpianus, Fragm. X, §. 4. *Quodsi — — — dubitari potest*. Conf. Epitome, I, 6. §. 2.

§. 130. Conf. Vlpianus, Fragm. X, §. 5. *si Flamines Diales inaugurentur*. Conf. infra Commentar. III. §. 114. item Tacitus, Annal. Lib. IV, cap. 16. *si Virgines Vestales capiantur*. Conf. Gellius, Lib. I, cap. 12.

§. 131. Conf. Cicero, pro Caecina, cap. 33. 34. pro domo, cap. 30. pro Balbo, cap. 11—13.

§. 132. Conf. Theophilus, I, 12, §. 6. Epitome, I, 6. §. 3. Vlpianus, Fragm. X, §. 1. §. 6. I. quid. mod. jus. pot. solv. *Emancipatione — esse*. cit. §. 6. I. *sed filius quidem* etc. Conf. infra Commentar. IV, §. 79. et huj. Commentar. §. 135. item Dionysius Halicarnass., Antiquit. Rom. Lib. II, cap. 27. (pag. 97.) et Boethius, Commentar. in Topic. Cicer. Lib. II. (ad cap. 4.) SI—ESTO. Vlpianus, loc. cit. *eo facto reuertitur in potestatem patris*. Conf. infra Commentar. II. §. 141. et Commentar. III. §. 6.

tándosele ya en el número de los ciudadanos romanos, cesan sus hijos de estar bajo su potestad, no de otra manera que si hubiese muerto: repugna en efecto á la razon que un hombre considerado como extranjero ejerza su potestad sobre ciudadanos romanos. Por igual motivo, si se priva del agua y del fuego al que está bajo la potestad de un ascendiente, queda libre de ella, porque tambien es contrario á la razon que un hombre considerado cómo extranjero esté sujeto á la potestad de su ascendiente ciudadano romano.

§. 129. Cuando un ascendiente cae prisionero en poder de los enemigos, aunque en el entretanto sea de ellos, queda en suspenso el estado de sus descendientes, en virtud del derecho de postliminio; porque los prisioneros hechos por los enemigos recobran á su vuelta todos sus antiguos derechos. Por consiguiente, luego que regrese el prisionero tendrá bajo su potestad a sus descendientes; mas si muere en el cautiverio se hacen estos independientes, aunque puede dudarse si lo serán desde la muerte del ascendiente ó bien desde su captura. Queda igualmente suspensa la patria potestad en virtud del derecho de postliminio cuando fueren capturados por el enemigo los hijos ó nietos de un ascendiente.

§. 130. Salen además de la patria potestad los descendientes varones que son consagrados sacerdotes de Júpiter (*Flamines Diales*) y las hembras escogidas para vírgenes vestales.

§. 131. Antiguamente cuando el pueblo romano enviaba colonias á las regiones latinas, tambien los que por mandado del ascendiente. . . . .

§. 132. La emancipacion es otro de los modos por los cuales pueden los descendientes librarse de la potestad de sus ascendientes pero con una diferencia, que el hijo necesita ser mancipado tres veces para hacerse independiente, al paso que los demas descendientes, ya sean varones ó hembras, salen de la patria potestad mediante una sola mancipacion, pues la ley de las Doce Tablas solo hace mencion de tres mancipaciones respecto de la persona del hijo. Hé aquí sus palabras, SI EL PADRE VENDE TRES VECES AL HIJO, ESTE SE HACE INDEPENDIENTE (SI PATER FILIUM TER VENUM DUIT, FILIUS A PATRE LIBER ESTO). Lo cual se practica de este modo: el padre dá su hijo en mancipio á otra persona; esta lo manumite por vindicta, y mediante este hecho vuelve á la potestad de su padre; mancípale este segunda vez, bien sea á la misma persona, bien á otra, aunque por lo comun es á la misma; vuelve esta á manumitirle como antes por vindicta........ otra vez a la potestad del padre...... vuelve;

causa mancipii ——— ——— ——— ———
§. 133. *Liberum arbitrium est ei, qui filium et ex eo nepotem in potestate habebit, filium quidem potestate dimittere, nepotem uero in potestate retinere; uel ex diuerso, filium quidem in potestate retinere, nepotem uero manumittere; uel omnes sui iuris efficere. eadem et de pronepote dicta esse intellegemus*. ——— ——— ——— ——— ——— §. 134. **** ac intercedentes manumissiones proinde fiunt, ac fieri solent cum ita eum pater de potestate dimittit, ut sui iuris efficiatur. deinde aut patri remancipatur, et ab eo is, qui adoptat, uindicat aput Praetorem filium suum esse, et, illo contra non uindicante, (a) Praetore uindicanti filius addicitur; aut iure mancipatur patri ** ——— ——— ——— ——— mancipatione est: set sane commodius est, patri remancipari. In ceteris uero liberorum personis, seu masculini seu feminini sexus, una scilicet mancipatio sufficit, et aut remancipantur parenti, aut iure mancipantur. Eadem et in prouinciis aput Praesides prouinciarum solent fieri. §. 135. Qui ex filio semel iterumue mancipato conceptus est, licet post tertiam mancipationem patris sui nascatur, tamen in aui potestate est, et ideo ab eo et emancipari, et in adoptionem dari potest. At is, qui ex eo filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est, non nascitur in aui potestate. set eum Labeo quidem existimat in eiusdem mancipio esse, cuius et pater sit. utimur autem hoc iure, ut quamdiu pater eius in mancipio sit, pendeat ius eius: et si quidem pater eius ex mancipatione manumissus erit, cadit in eius potestatem; si uero is, dum in mancipio sit, decesserit, sui iuris fit. Et de— — — — — licet — — — — — ——— ——— ——— ——— ut supra diximus, quod in filio faciunt tres mancipationes. hoc facit una mancipatio in nepote. §. 136. ********************************** fecer ** ***——— ——— ——— ——— ***** ****************************** Maximi et Tuberonis. cum enim haec quod*ad*sacra tantum uideatur in manu esse, quod uero ad cetera perinde habeatur, atque si in manum n*on conuenisset**** ——— ——— ——— ——— ******potestate parentis liberantur. nec interest, an in uiri sui

§. 133. L. 28. de adopt. inscripta: Gajus Libro I. Institutionum. §. 7. I. quib. mod. jus pot. solv. Conf. Epitome, I, 6, cit. §. 3.

§. 134. Conf. § 8. I. quib. mod. jus pot. solv. L. ult. C. de adopt. (Iustinian.) Cicero, de Finib. Lib. I, cap. 7. Suetonius, in Octav. cap. 64. Gellius, Lib. V, cap. 19. *ac fieri solent — efficiatur.* Conf. supra §. 132. *uindicat — suum esse.* Conf. Vlpianus, L. 1. §. 2. de rei vindicat. *iure mancipatur.* Conf. Vlpianus, L. 25. pr. de adopt. (?)

§. 135. Conf. §. 9. I. quib. mod. jus pot. solv. *ut supra diximus.* Vid. §. 132.

§. 136. *cum — — — conuenisset.* Conf. Tacitus, Annal. Lib. IV. cap. 16. *nec interest* etc. Conf. supra 114. et §. 115b.

entonces le mancipa el padre tercera vez á la misma persona ó á otra, si bien el uso ha establecido que sea á la misma......

(*Hic desideratur pagina integra*).

§. 133. El padre que tiene bajo su potestad á un hijo y á su nieto procedente de él, puede á su arbitrio librar al hijo de su potestad reteniendo al nieto, ó por el contrario librar á este reteniendo á aquel, ó bien mancipar á ambos. Esto mismo debe entenderse respecto del biznieto.....................................

§. 134. ......y en tanto suelen hacerse las manumisiones sucesivas, en cuanto quiere el padre librarlo de su potestad, para que sea independiente. Despues ó es remancipado al padre, y el adoptante lo reivindica de este ante el pretor, cual si fuera su propio hijo, en cuyo caso si el padre no se opone lo adjudica el pretor al reclamante, ó bien es mancipado por derecho al padre...; pero es mas ventajoso que sea remancipado al padre. Una sola mancipacion basta por el contrario para los demás descendientes de ambos sexos, los cuales ó son remancipados al ascendiente ó mancipados por derecho. Estas mismas formalidades suelen practicarse en las provincias ante los presidentes.

§. 135. El niño habido de un hijo mancipado una ó dos veces, entra en la potestad del abuelo aunque nazca despues de la tercera mancipacion de su padre, y por consiguiente puede el abuelo manciparlo y darlo en adopcion. Por el contrario el que fuere concebido despues de la tercera manumision de su padre, no entra al nacer en la potestad de su abuelo: con todo, segun el parecer de Labeon queda sujeto como *mancipi* al dominio de la misma persona en cuyo mancipio esté el padre. Por lo que á nosotros toca seguimos en la práctica, que mientras el padre está en mancipio queda la condicion del hijo en suspenso, cayendo bajo la potestad de su padre luego que este se hiciere independiente por la manumision; y que si el padre muriese en el mancipio, se hace independiente el hijo. Y....... segun dejamos asentado, lo que hacen las tres mancipaciones respecto del hijo, lo hace una sola mancipacion respecto del nieto.

§. 136. ....pues por lo que respecta á las cosas sagradas se juzga que está bajo el poder, pero por lo demás se la considera como si no lo estuviese......... se libran de la patria potestad; y

manu si*nt*, *aut* extra*nei*, *quamuis* ha*e* solae loco filiarum habeantur, quae in uiri manu *sunt*.

** ——————— ——————— ——————— ——————— *************************** §. 137. in manu esse et uel **** mancipationem ***************************** ——————— ——————— ——————— ——————— ************ ***************************uel ita******************nihil*o* magis *potest* cogere. *quam* filia patrem. set filia quidem nullo modo patrem *potest* cogere etiamsi adoptiua sit: haec autem repudio misso (*uirum*) proinde compell*ere potest*, atque si ei numquam nupta fuisset.

§. 138. Ii, qui in causa mancipii sunt, quia seruorum loco habentur, uindicta, censu, testament*o* manumissi sui iuris fiunt. §. 139. Nec tamen in hoc casu lex Aelia Sentia locum habet. itaque nihil requirimus, cuius aetatis sit is, qui manumittit, et qui manumittitur: ac ne illud quidem, an patronum creditoremue manumissor habeat. Ac ne numerus quidem legis Fu*r*iae Caniniae finitus in his personis locum habet. §. 140. Quin etiam inuito quoque eo, cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt. Excepto eo, quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur: nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reseruare sibi uidetur eo ipso, quo*d* mancipio recipit. Ac ne is quidem dicitur inuito eo, cuiu*s* in mancipio est, censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causa mancipio dedit: uelut qui furti eius nomine damnatus est, et *e*um mancipio actori dedit: nam hunc actor pro pecunia habet. §. 141. In summa admonendi sumus, aduersus eos, quos in mancipio habemus, nihil nobis co*n*tumeliose facere licere, a*l*ioquin iniuriarum *actione* ten*ebimur*. Ac ne diu quidem in eo iure detinentur homines, set plerumque hoc fit dicis gratia uno *m*omento; nisi sc*i*licet ex noxali causa mancipentur.

§. 142. Transeamus nunc ad aliam diuisionem. nam ex his personis, quae neque in potestate, neque in manu, neque in mancipio sunt, quaedam uel in tutela sunt, uel in curatione,

§. 137. *set filia — adoptiua sit*. Conf. cit. §. 9. I. quib. mod. jus pot. solv.

§. 138. *quia seruorum loco habentur*. Conf. supra §. 123. et loc. ibi alleg.

§. 139. Conf. supra §. §. 38. 18 37. 42.

§. 140. *quem pater ex noxali causa* etc. Conf. infra Commentar. IV. §. §. 75 et 79. item §. 7. I. de noxal. act. Papinianus, Collat. Tit. II. §. 3. Vlpianus, L. 3. §. 4. de hom. liber. exhib.

§. 141. *Ac ne diu quidem — — uno momento*. Conf. supra §. §. 115. 118. 123. 134.

§. §. 142. 143. pr. I. de tutel.

poco importa que estén sujetas al poder de un estraño, ó del marido, si bien solo ocupan el lugar de hijas las que se encuentran en el último caso. . . . .

. . . . (*Fere VII lineæ desunt.*). . . . .

§. 137 ......no puede obligarle mas que una hija á su padre. Ahora bien, la hija aun cuando sea adoptiva no puede obligar en manera alguna á su padre; dado que aquella, si fuere repudiada, puede obligar al marido como si nunca le hubiese estado unida.

§. 138. Los que están en mancipio esclavos, se hacen independientes mediante la manumision por vindicta, por censo ó por testamento, en razon á que se les considera en un todo como esclavos.

§. 139. Y como la ley Ælia Sencia no se aplica á este caso, de ahí es que no atendemos á la edad del que manumite ni á la del manumitido; sin que tampoco interese saber si el que confiere la libertad tiene patrono ó acreedores. Es mas, ni aun siquiera hay que atenerse al número de manumisiones prescrito en la ley Furia Caninia.

§. 140. Y hasta pueden adquirir la libertad por censo aun repugnándolo el dueño (*is cujus mancipio sunt*); á escepcion del hijo á quien su padre hubiese entregado en mancipio con la condicion de que se le ha de remancipar, porque en cierto modo parece que el padre se reserva la potestad que le es propia en el mero hecho de recibirlo en mancipio. Al decir que los sometidos al mancipio pueden adquirir la libertad por censo aun sin el consentimiento del dueño, no hemos querido hablar del hijo á quien su padre diese en mancipio por causa de noxas (*noxali causa*), como por ejemplo sucede, cuando condenado un padre por hurto que haya cometido su hijo, lo entrega en mancipio al demandante; pues este en aquella circunstancia lo recibe en vez de dinero.

§. 141. Por lo demás conviene advertir que no nos es lícito maltratar á los que tenemos en mancipio, porque en tal caso podríamos ser demandados de injuria. Ni se crea que los hombres permanecen largo tiempo en aquel estado, antes por el contrario las mas veces solo dura, por decirlo así, un momento, salvo cuando la mancipacion haya sido por causa de noxas.

TITULO IX.

De las personas independientes (*qui sui juris sunt*).

§. 142. Pasemos ahora á otra division, porque entre las personas que no se encuentran *inpotestate*, ni *in manu*, ni tampoco *in mancipio*, hay unas que están en tutela ó en curaduría y otras

quaedam neutro iure tenentur. uideamus igitur, quae in tutela, uel in curatione sint: ita enim intellegemus ceteras personas, quae neutro iure tenentur.

§. 143. Ac prius dispiciamus de his, quae in tutela sunt.

§. 144. Permissum est itaque parentibus, liberis, quos in potestate sua habent, testamento (*tuto*) *res* dare: masculini quidem sexus inpuberibus (*duntaxat*; *feminini autem tan inpuberibus*), qu*am* nubi*libus*. ueteres enim uoluerunt, feminas etiam si per*f*ectae aetatis sint, propter animi leuitatem in tutela esse. §. 145. Itaque si quis filio filiaeque testamento tutorem dederit, et ambo ad pubertatem peruenerint, filius quidem desinit habere tutorem, filia uero nihilominus in tutela permanet: tantum enim ex le*ge* Iulia et Papia Poppaea iure liberorum a tutela liberantur feminae. loquimur autem exceptis Virginibus Vestalibus, quas etiam ueteres in honore*m* sacerdotii liberas esse uoluerunt: itaque etiam leg*e* XII tabularum cautum est. §. 146. Nepotibus autem neptibusque ita demum possumus test*amento* tutores dare, si post mortem nostram in patris sui potestatem iure recasuri non sint. itaque si filius meus mortis meae tempore in potestate mea sit, nepotes, quos ex eo (*habeo*), non pos*s*unt ex testamento meo habere tutorem, quamuis in potestate mea fuerint: scilicet quia mortuo me in patris sui potestate futuri s*u*nt. §. 147. Cum tamen in compluribus aliis causis postumi pro iam natis habeantur, et in hac causa placuit, non minus postumis, quam iam natis testamento tutores dari posse: si modo in ea causa sint, ut si uiuis nobis nasc*a*ntur, in potestate nostra fiant. Hos etiam heredes instituere possumus; cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit. §. 148. (*Vxori*), quae in manu est, proinde ac filiae; item nurui, quae in fili*i* manu est, proinde ac nepti tutor dari potest. §. 149. Rectissime autem tutor sic dari potest: LVCIVM TITIVM LIBERIS MEIS TVTOREM DO. sed et si ita scriptum sit: LIBERIS MEIS, uel VXORI

§. 144. *Permissum* — — *dare*. §. 3. I. de tutel. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 15. Epitome, I, 7, §. 2. *masculini* — — *nubilibus*. Conf. Vlpianus, loc. cit. §. 1. *ueteres enim* etc. Conf. infra §. 190. item Isidorus, Origin. Lib. IX, cap. ult. Cicero, pro Muraena, cap. 12. Vlpianus, loc. cit. Boethius, Commentar. in Topic. Cicer. Lib. II. (ad cap. 4.) et Lib. IV. (ad cap. 11.) Conf. Fragm. Vatican. §. 229.

§. 145. *Ex lege Iulia* — *feminae* Conf. infra §. 194. *exceptis Virginibus Vestalibus*. Conf. Plutarchus, in Numa, cap. 10. (pag. 66.) Dio Cassius, Lib. LVI, cap. 10.

§. 146. §. 3. I. de tutel. Conf. Epitome, I, 7, §. 2.

§. 147. §. 4. I. de tutel. *hos etiam heredes instituere possumus* etc. Conf. infra Commentar. II. §. §. 130. 242. 287.

§. 148. *proinde ac filiae*. Conf. supra §. 114. et loc. ibi alleg. *proinde ac nepti*. Conf. infra Commentar. II. §. 159. et Commentar. III. §. 3.

§. 149. Conf. infra Commentar. II. §. 289. Conf. Fragm. Vatican. §. §. 229. 230.

que se hallan libres de estos dos poderes. Veamos, pues, cuáles sean las primeras, y por ellas vendremos en conocimiento de las segundas.

TITULO X.

De las tutelas.

§. 143. Examinemos primero las personas que están en tutela.

§. 144. Pueden los ascendientes dar tutores por testamento á los descendientes que estén bajo su potestad, á saber: á los varones, mientras son impúberes, y á las hembras ora sean impúberes ora núbiles, porque los antiguos determinaron que las hembras á causa de su fragilidad estuviesen en tutela aun despues de ser mayores de edad.

§. 145. Si alguno pues diere tutor en testamento á su hijo é hija y ambos llegaren á la pubertad, el hijo saldrá de la tutela, pero la hija continuará en ella: porque en virtud de la ley Julia y Papia Poppea las mujeres solo se libran de la tutela por el derecho que les dá el nacimiento de muchos hijos, esceptuando las vestales, á quienes los antiguos declararon libres de toda potestad, en honor del sacerdocio: así lo determinó tambien la ley de las Doce Tablas.

§. 146. Ultimamente podemos dar tutores en testamento á nuestros nietos y nietas cuando por nuestra muerte no hayan de recaer bajo la potestad de su padre. Por consiguiente, si al fallecer yó estuviere mi hijo sometido á mi potestad, no puedo nombrar tutor en testamento á los nietos habidos de él, por mas que tambien los tenga bajo mi potestad; la razon es porque despues de mi muerte quedarán sujetos á la de su padre.

§. 147. Así como en otras muchas circunstancias se consideran como nacidos los hijos póstumos, del mismo modo en este caso se ha juzgado conveniente que pueda dárseles tutor en testamento, lo mismo que á los ya nacidos, con tal empero que debiesen estar bajo nuestra potestad caso de ver la luz viviendo nosotros. Tambien podemos instituirlos herederos, lo que no nos es permitido con los póstumos estraños.

§. 148. Puede cualquiera dar tutor á la esposa que tenga bajo su poder á su hija, á su nuera que esté sujeta al poder de su hijo, y tambien á su nieta.

§. 149. El nombramiento de tutor puede hacerse muy bien en esta forma: NOMBRO TUTOR DE MIS HIJOS A LUCIO TICIO; ó

MEAE, TITIVS TVTOR ESTO, recte datus intellegitur. §. 150. In persona tamen uxoris, quae in manu est, recepta est etiam tutoris optio, id est, ut liceat ei permittere, quem uelit ipsa, tutorem sibi optare; hoc modo: TITIAE VXORI MEAE TVTORIS OPTIONEM DO. quo casu licet uxori uel in omnes res, uel in unam forte aut duas (*optare*). §. 151. Ceterum aut plena optio datur, aut angusta. §. 152. Plena ita dari solet, ut proxime ac supra diximus. angusta ita dari solet: TITIAE VXORI MEAE DVNTAXAT TVTORIS OPTIONEM SEMEL DO; aut DVNTAXAT BIS DO. §. 153. Quae optiones plurimum inter se differ*unt*. nam quae plenam optionem habet, potest semel et bis et ter et saepius tutorem optare. quae uero angus*tam* habet optionem, si duntaxat sémel data est optio, amplius quam semel optare non potest: si tantum bis, amplius quam bis optandi facultatem non habet. §. 154. Vocantur autem hi, qui nominatim testamento tutores dantur, datiui; qui ex optione sumuntur, optiui.

§. 155. Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis ex lege XII agnati sunt tutores; qui uocantur legitimi. §. 156. Sunt autem agnati per uirilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati: ueluti frater eodem patre natus, fratris filius, neposue ex eo, item patruus et patrui filius *et* nepos ex eo. At hi, qui per feminini sexus *personas cognatione iunguntur, non sunt agnati, sed alias* naturali iure cognati. *itaque* inter auunculum et sororis filium non agnatio est, sed cognatio. item amitae, materterae filius non est mihi agnatus, set cognatus: et inuicem *s*cilicet ego illi eodem iure coniung*or*: quia qui nascuntur, patris, non m*a*tris familiam sequuntur. §. 157. Sed olim quidem, quantum ad legem XII tabularum atti*net*, etiam feminae agnatos habebant tutores. *s*et postea lex Claud*i*a lata est, quae, quod ad feminas attinet, (*agnatorum*) tutelas sustulit. itaque masculus quidem inpubes fratrem puberem, aut patruum habet tutorem; feminae uero talem habere tutorem non **possunt**. §. 158. Set agnationis quidem ius capitis diminutione perimitur, cognationis uero ius *capitis diminutione* non commutatur: quia ciuilis ratio ciuilia qu*i*dem iura

§. 150. Conf. Livius, Lib. XXXIX, cap. 19. item Plauti Truculentus, Act. IV, sc. 4, v. 6. ubi optionis tutorum vestigium extare censet Hauboldus.

§. 154. *Vocantur — datiui.* Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 14.

§. 155. pr. I. de legit. agnat. tutel. Conf. Epitome, I, 7, pr. et §. 1.

§. 156. *Sunt — — — nepos ex eo.* L. 7. de legit. tutorib. inscripta: Gajus Libro I. Institutionum. §. 1. I. de legit. agnat. tutel. Conf. infra Commentar. III. §. 10. item Vlpianus, Fragm. XI, §. 4. Epitome, I, 7, §. 1. *At hi* etc. cit. §. 1. I. Conf. infra Commentar. III. §. 24.

§. 157. Conf. infra §. 171. nec non Vlpianus, Fragm. XI, §. 8. item L. 3. C. de legit. tutel. (Leo I.)

§. 158. §. 3. I. de legit. agnat. tutel. *cognationis — non commutatur.* Conf. infra Commentar. III. §. 27. item Pomponius, L. 8. de reg. jur. *ciuilis ratio* etc. Conf. §. 11. I. de bereditat. quae ab intest. defer.

en esta otra que es igualmente válida: SEA TICIO TUTOR DE MIS HIJOS Ó DE MI ESPOSA.

§. 150. Se ha admitido sin embargo en favor de la esposa que está sometida al poder la opcion de tutor, es decir, el permiso de escoger el que quiera, en esta forma: DOI Á TICIA MI ESPOSA LA OPCION DE TUTOR. En este caso se permite á la esposa que escoja tutor, bien en general para todos sus negocios, bien para uno ó dos solamente.

§. 151. Por lo demás esta opcion puede ser plena ó restricta.

§. 152. Es plena cuando se dá en la forma que acabamos de espresar; y restricta cuando se dá en esta otra: CONCEDO Á TICIA MI ESPOSA QUE ESCOJA TUTOR UNA VEZ, ó bien tan solo DOS VECES.

§. 153. Hay gran diferencia entre estas dos especies de opcion, porque la esposa á quien se concediese la plena, puede elegir tutor una, dos, tres ó mas veces; mientras que si se le diere la restricta, solo podrá elegir tutor una ó dos veces, segun que la opcion se le haya concedido por una sola vez ó por dos.

§. 154. Llámanse *dativos* los tutores designados nominalmente en testamento, y *optivos* los elegidos en virtud de la opcion.

§. 155. Segun la ley de las Doce Tablas, los agnados son tutores de todos aquellos á quienes no se haya nombrado tutor en testamento, y se llaman tutores legítimos.

§. 156. Son agnados todos aquellos cuyo parentesco proviene de personas del sexo masculino, es decir, los parientes por parte de padre (a patre cognati), como el hermano nacido de un mismo padre, el hijo ó nieto de este hermano, é igualmente el tio paterno y su hijo ó nieto. Mas aquellos cuyo parentesco trae orígen de personas del sexo femenino, no son agnados, sino parientes por derecho natural ó cognados. Así es que entre el tio materno y el sobrino no hay parentesco de agnacion sino de cognacion, del mismo modo que entre mí y el hijo de mi tia paterna ó materna; pues mi parentesco con ellos es de la misma naturaleza, toda vez que los hijos siguen la familia del padre y no la de la madre.

§. 157. Antiguamente tenian tambien las mujeres por tutores á sus agnados, segun la ley de las Doce Tablas; pero despues la ley Claudia abolió respecto á las mujeres la tutela de los agnados, de lo que resulta que el varon impúber tiene por tutor á su hermano puber, ó á su tio paterno, al paso que las hembras no pueden tener semejante tutor.

§. 158. La capitis diminucion destruye el derecho de agna-

corrumpere potest, naturalia uero non potest. §. 159. Est autem capitis diminutio prioris *capitis* permuta*tio*. *ea*que tribus modis accidit. nam aut maxima est capitis dimi*nutio*, aut minor, quam quidam mediam uocant, aut minima. §. 160. Maxima est *ca*pitis diminutio cum aliquis simul et ciuitatem et libertatem amittit ********************* qui ex patria ********* ************

**** *item fe*minae liberae ex senatusconsulto** Claudiano ancillae fiunt eorum dominorum, *qui*bus inuitis et denuntiantibus *nihilominus* cum seruis *eorum* coierint. §. 161. Minor cap*itis* dim **inutio est cum ciuitas quidem amit** titur, libertas uero retinetur. **quod accidit ei, cui a**qua et igni interdictum *fuerit*. §. 162. Minima **capitis** diminutio est **cum et ciu** itas et libertas ret**inetur, sed status hominis commutatur. quod accidit** in his, qui adoptantur: item in his, qui coemptionem faciunt: et in his, qu*i* mancipio dantur, quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem, ut quotien*s* quisque mancipetur, a*ut manumitta*tur; totiens capite diminuatur. §. 163. Nec solum maior*ibus* diminutionibus ius agnationis corrumpitur, set etiam minima. et ideo si ex duobus liberis alterum pater emancipauerit. ************* neuter alteri agnationis iur **e coniunctus esse** poterit. §. 164. Cum autem ad agnatos tutela **pertinet, non** simul ad omnes pertinet, set ad eos tantum, qui proximo gradu sunt.

---

§. 165. **Ex eadem lege duodecim tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet. quae et ipsa legitima tutela uocatur: non quia nominatin in ea lege de hac tutela caueatur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, atque si uerbis legis introducta esset. eo enim ipso, quod hereditates libertorum libertarumque, si** intestati decessis*s*ent **iusserat lex ad patronos** liberosue eorum pertinere, crediderunt ueteres, uoluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere: cum et agnatos, quos ad hereditatem uocauit, eos-

§. 159. pr. I. de cap. dem. Conf. Boethius, Commentar. in Topic. Cicer. Lib II. (ad cap. 4.) L. 1. de cap. minut. (ex Nostri Commentar. ad Edict. prov.) Vlpianus, Fragm. XI, §. 10.

§. 160. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 11. *Maxima — — amittit*. §. 1. I. de cap. deminut. *item feminae liberae* etc. Conf. supra §. 91. Item Vlpianus, loc. cit. §. 1. I. de successionib. sublat. et ad eam Theophilus. Paulus, Sent. recept. II, 21. a.

§. 161. §. 2. I. de cap. deminut. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 12.

§. 162. *Minima — — — adoptantur*. §. 3. I. de cap. deminut. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 13. *quod accidit — coemptionem faciunt*. Conf. infra Commentar. III. §. §. 82—84. et Commentar. IV. §. 38. item Vlpianus et Boethius, loc. cit.

§. 164. §. 7. I. de cap. deminut. Conf. Epitome, I, 7, §. 1.

§. 165. Tit. I. de legit. patron. tutel. Conf. Vlpianus. Fragm. XI, §. 3. *liberosque eorum pertinet*. Conf. infra §. 175. *cum et agnatos* etc. Conf. Epitome, I, 7, cit. §. 1.

cion, mas no el de cognacion porque la ley civil puede destruir los derechos civiles, pero no los naturales.

§. 159. Llámase capitis diminucion la mudanza del estado anterior; y puede ser de tres maneras: máxima, menor, que tambien llaman algunos media, y mínima.

§. 160. Es máxima, cuando se pierde el derecho de ciudadanía juntamente con la libertad. . . . .

(*Hic III lineae desunt*).

.......En virtud del senadoconsulto Claudiano, las mujeres libres se hacen tambien esclavas de aquellos señores con cuyos esclavos hubiesen tenido comercio carnal contra la voluntad y amonestaciones del dueño. ..

§. 161. Llámase media la capitis diminucion, cuando se pierde el derecho de ciudadanía, conservando empero la libertad, como sucede á todos aquellos á quienes se prohibe el uso del agua y del fuego.

§. 162. Se dice que es mínima la capitis diminucion, cuando sufre el hombre mudanza en su estado, reteniendo el derecho de ciudadanía y la libertad, como acontece á los que son adoptados y á los que verifican la *esempcion*, del mismo modo que á los entregados en mancipio y á los que despues de dados son manumitidos; pero de tal manera, que cuantas veces una persona sea mancipada ó manumitida, otras tantas sufre la *capitis* diminucion.

§. 163. El derecho de agnacion no se destruye solamente por la capitis diminucion máxima y media sino tambien por la mínima, y de consiguiente si el padre de dos hijos mancipa al uno y *retiene al otro bajo su potestad*, ninguno de los dos quedará ligado al otro por el derecho de agnacion.

§. 164. Cuando corresponde la tutela á los agnados no pertenece á todos á la vez, sino á los del grado mas próximo solamente.

(*Hic desideratur pagina integra*).

§. 165. La tutula de los libertos de uno y otro sexo corresponde, segun la misma ley de las Doce Tablas, á los patronos y á sus hijos. Esta tutela se llama tambien legítima, no porque sobre ella haya en la ley disposicion espresa, sino porque la ha introducido la interpretacion como si lo estuviese por las mismas palabras de la ley; pues por igual razon que esta habia declarado pertenecer la herencia de los libertos que muriesen intestados á sus patronos é hijos, creyeron los antiguos que tambien que-

dem et tutores esse iusser*i*t. §. 166. Exemplo patronorum ***** ******************** sunt ****************** fiduciaria*ri*ae ********* **** quae ideo no*b*is competunt, quia *l*iberum ca**put manci- patum nobis uel a parente, uel a coemptionatore manumiseri- mus. §. 167. Set Latinarum et Latinor*um* i*n*puber*um* ******** ************* ad ***************************** pertinet, se*d* ad eos, quorum* *ante manu**missionem ex iure Quiritium (*fuerunt. unde si ancilla ex iure Quiritium*) tua sit, in bonis mea, a me qui- dem solo, non etiam a te, manumi*ss*a L*a*tin*a* f*i*eri potest, e*t* bona e**ius ad me perti**nen*t* **** *tutel*a *t*ibi competit: nam ita lege Iunia cauetur. itaqu*e* si ab eo, cuius et in bonis et ex iure Qui- ritium * ancilla fuerit, facta sit Latina, ad eundem et bona et tutela pertinet.

§. 168. Ag*nat**i*s, qui legitimi tutores sunt*, *item manu**misso- ribus, permissum est, feminarum tutelam alii in iure cedere: pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia *non uidetur* onerosa, cum tempore pubertatis finiatur. §. 169. Is au- tem, cui ceditur tutela, cessicius *tu*tor uocatur. §. 170. Quo mortuo aut capite diminuto, reuertitur ad eum tutorem tutela, qui cessit. ipse quoque, qui cessit, si mortuus a*u*t capite di- *minutus* sit, a cessi*cio* tutela discedit, et reuertitur ad eum, qui post eum, qui cesserat, secundum gradum in tutela habue- ri*t*. §. 171. Set quantum ad agnatos pertinet, nihil hoc tempore de cessicia tutela quaeritur, cum agnatorum tutelae in feminis lege Claudia sublatae sint. §. 172. Sed fiduciarios quoque qui- dam putauerunt cedendae tutelae ius non habere, cum ipsi se oneri subiecerint. quod etsi placeat; in parente tamen, qui filiam, neptemue, aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit, idem dici non debet, cum is et legitimus tutor habeatur: et non mi- nus huic, quam patronis honor praestandus est.

§. 173. Praeterea senatusconsulto mu*l*ieribus permissum est, in absentis tutoris locum alium petere: quo petito prior desinit. nec interest, quam longe aberit is tutor. §. 174. Set excipitur, ne in absentis patroni locum liceat libertae tutorem petere. §. 175. Patroni *autem* loco habemus e*tiam* paren*tem*, qui *in****

§. 166. *liberum caput* etc. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 5. Theophilus I, 19. pr. item supra §. 115. et infra §. 195.

§. 167. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 19. item huj. Commentar. §. 35. Commentar. II. §. 88. et Commentar. III. §. §. 56. et 166.

§. 168. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. §. 6. 8.

§. §. 169. 170. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 7.

§. 171. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 8. item supra §. 157.

§. 172. *qui filiam — — manumisit. cum is* etc. Conf. huj. Commentar. §. §. 175. 192. etc. Commenter. II. §. 122. item Tituli Inst. de legit. parent. tutel. et de fiduciar. tutel. Theophilus ad Titt. citt. et I, 23, pr. Vlpianus, L. 3. §. ult. de legit. tutor.

§. §. 173. 174. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 22.

§. 175. Conf. supra §. 172. et praeter loca ibi allegata Modestinus, L. 4. de leg. tut.

ría tuviesen la tutela, puesto que manda sean tutores los mismos agnados á quienes llama á la herencia.

§. 166. A manera de los patronos.................................. ....que por tanto nos competen, por haber manumitido á un hombre libre dado á nosotros en mancipio por su ascendiente ó por un esempcionador.

§. 167. La tutela de los latinos y latinas impúberes no pertenece á......... sino á aquellos de quienes fueren por derecho quiritario antes de la manumision. Por tanto, si una esclava tuya por derecho quiritario y mia *in bonis* fuere manumitida por mí solo sin participacion tuya, puede hacerse latina y sus bienes me pertenecen...te corresponde la tutela: tal es la disposicion de la ley Junia. Por consiguiente, si una esclava se hace latina á causa de manumitirla aquel cuya fuere *in bonis* y por derecho quiritario, á ese mismo corresponden los bienes y la tutela.

●§. 168. Pueden los agnados, que son tutores legítimos, y tambien los manumisores, ceder válidamente á otros la tutela de las hembras; mas no así la de los pupilos varones. Consiste esta diferencia en que la última no se considera onerosa pues que cesa en la época de la pubertad.

§. 169. Llámase tutor cesionario (*cessicius*), aquel á quien se cede la tutela.

§. 170. Cuando muere el tutor cesionario ó sufre la capitis diminucion vuelve la tutela al que la habia cedido. Tambien pierde la tutela el tutor *cesionario* por la muerte ó la capitis diminucion del cedente, en cuyo caso pertenece á la persona que ocupare el segundo grado despues de este en la tutela.

§. 171. Mas por lo que respecta á los agnados, nada hay ya que decir de la tutela *cessicia*, pues que la ley Claudia abolió la tutela de aquellos para con las mujeres.

§. 172. Algunos jurisconsultos han creido sin embargo, que los tutores fiduciarios no tienen derecho de ceder la tutela, por haberse sometido ellos mismos á esta carga; pero aun admitida esta opinion, no debe tener lugar respecto al ascendiente que habiendo dado en mancipio á su hija, nieta ó biznieta bajo condicion de que le sería remancipada, la manumitiere despues de la remancipacion, pues se le considera como tutor legítimo y no debe concedérsele menos honor que á los patronos.

§. 173. Un senadoconsulto permitió además á las mujeres que pudiesen pedir otro tutor en ausencia del suyo. Hecha esta peticion, cesa el primero en sus funciones, sea cualquiera la distancia á que se encuentre.

§. 174. La liberta no puede sin embargo pedir otro tutor en lugar de su patrono ausente.

§. 175. El ascendiente que manumite á su hija, nieta, ó biz-

***** sibi remancipatam filiam neptemue aut proneptem manumissione legitimam tutelam nanctus est. Huius quidem liberi fiduciarii tutoris loco numerantur: patroni autem liberi eandem tutelam adipiscuntur, quam et pater eorum habuit. §. 176. **Sunt tamen causae, ex quibus** etiam in patroni absentis locum ************ tutorem petere, ueluti ad hereditatem adeundam. §. 177. Idem senatus censuit in persona pupilli patroni filii. §. 178. Nam *et* lege Iulia de maritandis ordinibus ei, quae in legitima tutela pupilli sit, permittitur, doctis constituendae gratia a Praetore urbano tutorem petere. §. 179. Sa*ne* patroni filius, etiamsi impubes sit, liber*tae quidem* tu*t*or, *at* i*n* *nu*lla *re*a*uct*or fieri potest, cum ipsi nihil permissum sit sine tutoris auctoritate agere. §. 180. Item si qua in tutela legitima furiosi aut muti sit, permittitur ei senatusconsulto, dotis constituendae gratia tutorem petere. §. 181. Quibus casibus saluam manere tutelam patrono patronique filio, manifestum est. §. 182. Praeterea senatus censuit, ut si tutor pupilli pu*pill*a*e*ue suspectus a tutela remotus sit, siue ex iusta causa fuerit excusatus, in locum eius alius tutor **detur**, quo *dato pr*ior *tutor* ami*tti*t tutelam. §. 183. Haec *omnia* similiter e*t* Romae *et in* p*rouinci*is so*lent obseruari* ***************** si uero — — — — — — — — §. 184. Olim cum legis actiones in usu erant, etiam ex illa causa tutor dabatur, si inter tutorem et mulierem pupillumue legis actione agendum erat. *nam* qu*ia ipse* qui*dem tutor* in re sua auctor esse non pote*rat*, *alius dabatur*, q*uo auc*tore *********** *act*io perager*etur*: qui dicebatur praetoriu*s tutor*, quia a Praetore urbano dabatur. post sublatas legis actiones quidam putant, hanc especiem dandi t*utoris* *********************************** in *usu est si* *legiti*mo iudi*cio ag*a*t*ur. §. 185. Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia a Praetore urbano et maiore parte Tribunorum plebis, qui Atilianus tutor uocatur; in prouinciis uero a Praesidibus prouinciarum ex lege Iulia et Titia. §. 186. Et ideo si cui testamento tutor sub condicione aut ex die certo datus sit, quamdiu condicio aut dies pendet, tutor dari po*test*; item si pure datus fuerit, quamdiu nemo heres existat, tamdiu ex *h*is legibus tutor petendus est: qui desinit tutor esse postea-

§. §. 176. 177. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 22.
§. 178. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 20. item Terentius Clemens, L. 61. pr. de jur. dot.
§. 179. Conf. §. 13. I. de excusat. L. ult. C. de legit. tutel. (Iustinian.)
§. 180. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 21.
§. 182. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 23.
§. 183. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 20.
§. 184. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 24. §. 3. I. de auctor. tut. *post sublatas legis actiones*. Conf. infra Commentar. IV, §. 30.
§. 185. pr. I. de Atil. tut. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 18. Epitome, I, 7, §. 2.
§. 186. §. 1. I. de Atil. tut.

nieta despues de haberle sido remancipada y que adquiere de este modo una tutela legítima, ocupa tambien el mismo lugar que el patrono. Mas los hijos del ascendiente entran en el lugar y número de los tutores fiduciarios, al paso que los hijos del patrono ejercen la misma tutela que tenia su padre.

§. 176. Hay sin embargo causas por las cuales puede una mujer pedir tutor aun en lugar de su patrono ausente, como cuando se trata, por ejemplo, de hacer una adicion de herencia.

§. 177. Esto mismo decidió el Senado respecto al pupilo hijo del patrono.

§. 178. Porque segun la ley Julia de *maritandis ordinibus*, puede pedir tutor al pretor urbano la mujer que esté en la legítima tutela del pupilo, siempre que se trate de la constitucion de la dote.

§. 179. Ciertamente puede el hijo del patrono, aun cuando sea impúber, ser tutor de la liberta; pero en ningun caso puede darle su autorizacion, por cuanto á él mismo no es dado obrar sin la de su propio tutor.

§. 180. Tambien la mujer sometida á la tutela de un mudo ó de un loco tiene facultad para pedir tutor segun el senadoconsulto, cuando se trate de la constitucion de la dote.

§. 181. Es evidente que en estos casos retienen la tutela el patrono y su hijo.

§. 182. Además ha decidido el Senado que si el tutor del pupilo ó de la pupila es removido de la tutela por sospechoso ó escusado por justa causa, debe nombrarse en su lugar otro tutor, perdiendo entonces el primero la tutela.

§. 183. Estas disposiciones suelen observarse tanto en Roma como en las provincias. . . . .

§. 184. En otro tiempo, cuando estaban en uso las acciones de la ley, se daba tambien tutor, si entre este y la mujer ó el pupilo habia alguna de aquellas acciones que intentar; pues siendo evidente que el tutor no podia autorizar ningun acto en causa propia, se nombraba otro con cuya autorizacion............ pudiera seguirse la accion; este tutor era nombrado por el pretor urbano, y de aquí el que se llamase tutor pretoriano. Mas despues que se abolieron las acciones de la ley, creen algunos que esta manera de dar tutor....... está en uso si se trata de un juicio legítimo.

§. 185. Cuando una persona no tiene tutor de ninguna especie se le nombra en Roma segun la ley Atilia por el pretor urbano y la mayoría de los tribunos de la plebe, recibiendo el nombre de tutor Atiliano; en las provincias lo nombran los presidentes en virtud de la ley Julia y Ticia.

§. 186. Si se diese á alguno tutor en testamento bajo condicion, ó hasta cierto dia, se le puede nombrar otro tutor ínterin no se cumple la condicion ó llega el dia señalado; asimismo cuando el nombramiento de tutor fuere hecho pura y simplemente, ínterin no haya heredero, se debe, segun las mismas leyes, pedir

quam quix ex testamento tutor esse coeperit. §. 187. Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tu*tor* datur, qui desinit tutor esse, si is, qui captus est, in ciuitatem reuersus fuerit: nam reuersus recipit tutelam iure postliminii.

§. 188. Ex *h*is apparet, quot sint species tutelarum. si uero quaeramus, in quot genera hae species deducantur, longa erit disputatio: nam de ea re ualde ueteres dubitauerunt. nos, qui diligentius hunc tractatum exsecuti sumus et in edicti interpretatione, et in his libris, quos ex Quinto Mucio fecimus, hoc *so*l*um* tantisper sufficit admonuissi, quod quidam quinque genera esse dixerunt. ut Quintus Mucius; alii tria, ut Seruius Sulpicius; alii duo, ut Labeo: alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent.

§. 189. Sed impuberes quidem in tutela esse, omnium ciuitatium iure contingit; quia id naturali ration*i* conueniens est, ut is, qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur. nec fere ulla ci*u*itas est, in qua non lice*a*t parentibus, liberis suis inpuberibus *testamento* tutorem dare: quamuis, ut supra diximus, soli ciues Romani uideantur tantum liberos in potestate habere. §. 190. Feminas uero perfectae aetatis in tutela esse, fere nulla p*re*tiosa ratio suasisse uidetur. nam quae uulgo creditur, quia leuitate animi plerumque decipiuntur, et aequum erat, eas tutorum auctoritate regi, magis speciosa uidetur, quam uera. mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ips*ae* sibi negotia tractant: et in quibusdam causis dici*s* gratia tut*or* interponit auctoritatem suam; saepe etiam inuitus auctor fieri a Praetore cogitur. §. 191. Vnde cum tutore nullum ex tutela iudicium mulieri datu*r*: at ubi pupillorum pupillarumue negotia tutores tractan*t*, *eis* post pubertatem tutelae iudici*o* rationem reddunt. §. 192. Sane patronorum et parentum legitimae tutelae uim aliquam habere intelleguntur, eo, quod hi neque ad testamentum faciendum, neque ad res mancipi alienandas, neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praeterquam

§. 187. §. 2. I. de Atil. tut.
§. 188. *alii tria*. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 2.
§. 189. *Sed — — — regatur*. §. 6. I. de Atil. tut. *ut supra diximus*. Vid. §. 55.
§. 190. *pretiosa ratio*. Conf. Commentar. II. §. 232. *quia leuitate — — regi*. Conf. Isidorus, Origin. Lib. IX, cap. ult. in fin. Cicero, pro Muraena, cap. 12. Vlpianus, Fragm. XI, §. 1. item supra §. 144. *mulieris enim — — auctoritatem suam*. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. §. 25. 27. *saepe etiam inuitus* etc. Conf. infra Commentar. II. §. 122. item Cicero, loc. cit.
§. 191. *at ubi* etc. §. ult. I. de Atil. tut.
§. 192. Conf. Cicero, pro Flacco. cap. 34. *ad testamentum faciendum*. Conf. infra Commentar. II. §. § 112 118. 122. et Commentar. III. §. 43. item Vlpianus, Fragm. XX, §. 15. XXIX, §. 3. Boethius, Commentar. in Topic. Cicer. Lib. II. (ad cap. 4.) *ad res mancipi alienandas*. Conf. infra Commentar. II. §. §. 80. 81. 85. 47. item Vlpianus, Fragm. XI, §. 27. Cicero, Topic. cap. 11. *ad obligationes suscipiendas*. Conf. infra Commentar. III. §. §. 108. 91. 176. item Vlpianus, Fragm. loc. cit. Cicero, pro Caecina, cap. 25; pro Flacco, cap. 35.

otro tutor; el cual cesará al punto que empiece á ejercer sus funciones el tutor testamentario.

§. 187. Cuando un tutor fuere hecho prisionero tambien se nombra otro segun las leyes ya citadas, el cual deja de serlo luego que el prisionero regresa á la ciudad, porque á su vuelta recobra este la tutela por el derecho de postliminio.

§. 188. Se vé por lo que precede cuántas son las especies que hay de tutela. Mas si tratamos de investigar los géneros á que pueden reducirse, entraremos en grandes controversias, pues los antiguos disienten mucho sobre este punto. Por lo que hace á nosotros, que hemos tratado esta materia con gran esmero tanto en la interpretacion del edicto como en los libros escritos conforme la doctrina de Quinto Mucio, nos bastará advertir que algunos jurisconsultos, entre ellos el que acabamos de citar, afirman que hay cinco géneros de tutela; otros, como Servio Sulpicio, los reducen á tres; otros á dos solamente, como Labeon; y otros por último han creido que habia tantos géneros de tutelas como especies.

§. 189. El derecho de todas las naciones ha establecido la tutela para los impúberes, porque es conforme á la razon natural que sea dirigido y protegido por un tutor el niño que no esté todavía formado. Apenas habrá ciudad en que no estén autorizados los ascendientes para nombrar tutor en testamento á sus descendientes impúberes, aunque parezca por otra parte que la potestad paterna, como hemos dicho anteriormente, exista solo entre los ciudadanos romanos.

§. 190. Pero no hallamos ninguna razon fundada para que estén en tutela las mujeres mayores de edad, porque la creencia vulgar de que es equitativo exigir que las mujeres se rijan por la autoriddad de un tutor, por cuanto su fragilidad las espone á frecuentes engaños, parécenos una razon mas especiosa que sólida. En efecto las mujeres cuando han entrado en la mayor edad tratan por sí mismas los negocios que les conciernen, y solo en ciertos casos interpone el tutor su autoridad por mera fórmula, y muchas veces hasta contra su gusto, obligado á ello por el pretor.

§. 191. De donde proviene que no se dá á la mujer ninguna accion de tutela, al paso que cuando los tutores dirigen los negocios de sus pupilos ó pupilas tienen que rendir cuentas por la accion de tutela al llegar estos á la pubertad.

§. 192. Es verdad que las tutelas legítimas de los patronos y de los ascendientes confieren á estos mismos cierto poder, por cuanto no pueden ser obligados á interponer su autoridad para hacer testamento, ni para enagenar las cosas *mancipi*, ó contraer obligaciones, salvo cuando hubiere algun grave motivo

si magna causa alienandarum rerum mancipi obligationisque suscipiendae interueniat. eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perueniat. §. 193. Aput peregrinos non similiter, ut aput nos, in tutela sunt feminae; set tamen plerumque quasi in tutela sunt: ut ecce lex Bithynorum, si quid mulier ***, maritum auctorem esse iubet, aut filium eius puberem.

§. 194. Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum, *licet in* legitima tut*ela* sin*t*: nam et ceterae, quae alterius generis tutores habent, uelut Atilianos, aut fiduciarios, trium liberorum iu**re liberantur**. §. 195. *Pote*st autem pluribus modis *liberti*na alterius generis (*tutorem*) habere: ueluti si a femina manumissa sit; tunc enim e lege Atilia petere debet tutorem, uel in prouincia *e lege Titia* **** patronae *** ——— ——— ——— ——— **Sed et cum a masculo* manumissa (*fuerit*), et auctore eo coemptionem fecerit, deinde remancipata et manumissa sit, patronum quidem habere tutorem desinit, incipit autem habere eum tutorem, a quo manumissa est: qui fiduciarius dicitur. Item si patron*us* **************** in adoptionem se dedit, debet *s*ibi **e lege Atilia uel** *Tit*ia tutorem petere. Similiter ex iisdem legibus petere debet tutorem *liber*ta si patronus decedit, nec ullum uirilis sexus liberorum in familia re*linqu*it. §. 196. M**asculi autem cum** puberes esse coeperint, tutela liberantur. ****************** ******* quidem ******* **nostri praeceptores puberem e**um esse putant, qui habitu corporis pubertatem ostendi**t*, *hoc est*, qui generare potest; sed in his, qui pubescere non possunt, quales sunt spadones, eam aetatem esse spectandam, cuius aetatis puberes fiunt. sed diuersae scholae auctores annis putant pubertaten aestimandam, id est, eum puberem esse exi*s***timant, qui* XIIII *annos expleuit**.
************************ ——— ——— ———

(*Hic desideratur pagina integra.*)

§. 193. Conf. Cicero, pro Flacco, cap. 30.

§. 194. Conf. Fragm. veter. ICti de jur. specieb. §. 17. Plutarchus, in Numa, cap. X. (pag. 66.) Vlpianus, Fragm. XIX, §. 3. item supra §. 145. et infra Commentar. III. §. 44.

§. 195. *e lege Atilia. e lege Titia.* Conf. supra §. 185. *Sed et* — — *qui fiduciarius dicitur.* Conf. supra §. 115. *Item* — — *tutorem petere.* Conf. §. 4. I. quib. mod. tutel. finit. Vlpianus, Fragm. XI, §. 9. *Similiter* etc. Conf. Livius, Lib. XXXIX, cap. 9.

§. 196. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 28. Isidorus, Orig. Lib. XI, cap. 2. Quintilianus, Inst. orator. Lib. IV, cap. 2, §. 5. pr. I. quib. mod. tutel. finit.

para enagenar las cosas *mancipi*, ó para contraer una obligacion. Todas estas disposiciones se han establecido en favor de los patronos y de los ascendientes, pues que perteneciendo á ellos las herencias de las mujeres muertas abintestato pudieran ser escluidos de la sucesion por un testamento, ó recibir menoscabada la herencia por deudas ó por la venta de los objetos mas preciosos.

§. 193. Entre los extranjeros no están las mujeres en tutela de la misma manera que entre nosotros, sin embargo están generalmente sometidas á una como especie de tutela. La ley de los Bitinios manda, por ejemplo, que nada pueda la mujer..... sino con la autorizacion del marido ó de su hijo púber.

§. 194. Con todo las mujeres ingénuas quedan libres de la tutela, aun de la legítima, luego que son madres de tres hijos; pues por la misma causa las demas mujeres se libran tambien de los tutores de otro género, como Atilianos ó fiduciarios.

§. 195. De muchas maneras puede una libertina tener tutor de otra especie; por ejemplo, si fuere manumitida por una mujer, en cuyo caso debe pedir tutor por la ley Atilia, ó por la ley Ticia si está en las provincias.......... Pero cuando fuere manumitida por un hombre y con autorizacion de este verificare la coempcion siendo despues remancipada y manumitida, deja de tener por tutor á su primer patrono, y pasa á serlo el que la manumitió en último lugar, al cual se le dá el nombre de tutor fiduciario. Tambien debe pedir tutor por la ley Atilia ó Ticia, si el patrono.......... se diere en adopcion. Del mismo modo y por dichas leyes debe pedir tutor la mujer manumitida, si muriese su patrono sin dejar en la familia hijo alguno varon.

§. 196. Los varones quedan libres de la tutela luego que llegan á la pubertad........... nuestros maestros creen que es púber aquel que por el hábito esterior de su cuerpo manifiesta la pubertad, esto es, la facultad de engendrar. Mas respecto á aquellos que no pueden pubescer, como los espadones, debe esperarse á aquella edad en que por lo general se hacen púberes los hombres. Mas los autores de la escuela opuesta juzgan que la pubertad debe estimarse por los años, y así solo conceptuan púber al que ha cumplido los catorce.

(*Hic desideratur pagina integra.*)

—— §. 197. aetatem peruener*it*, in qua res suas tueri po*ssit*. *idem* aput peregrinas gentes custodiri superius indicauimus. §. 198. Ex iisdem causis et in prouinciis a Praesi*di*bus earum curatores dari uoluit.

§. 199. Ne tamem et pupillorum, et eorum qui in curatione sunt, negotia *a* tutoribus curatoribusque consumantur, aut deminuantur, curat Praetor, ut et tutores et (*curato*)*res* eo nomine satisdent. §. 200. Set hoc non est perpetuum. na*m* et tutores testamento dati satisdare non coguntur, qui*a* fides eorum et diligentia ab ipso testatore probata est; (*et*) *cu*ratores, ad quos non e lege curatio pertinet, s*e*t (*qui*) uel a Consule, uel a Praetore, uel a Praeside prouinci*ae* *dan*tur, plerumque non coguntur satisdare, scil*i*cet quia satis *idonei electi s*unt.

§. 197. *aetatem — possit.* Conf. pr. I. de curat. Vlpianus, Fragm. XII, §. 4. Epitome, I, 8. Capitolinus, in Antonino Philosopho, cap. 10. *superius indicauimus.* Vid. §. 189.
§. 199. pr. I. de satisdat. tut. v. curat.
§. 200. *Set — probata est.* cit. pr. I. de satisdat. tut. v. curat.

COMMENTARII PRIMI FINIS.

TITULO XI.

De las curadurías.

§. 197 ..... cuando ha llegado á la edad en que puede defender por sí mismo sus intereses. Las naciones extranjeras, segun hemos indicado antes, reconocen los mismos principios.

§. 198. Se ha determinado que por las mismas causas diesen curadores en las provincias los presidentes.

TITULO XII.

De la caucion de los tutores y curadores.

§. 199. Sin embargo, á fin de que no puedan ser disipados ó disminuidos los bienes de los pupilos y de los que estan en curaduría, cuida el pretor de que en calidad de tales presten caucion los tutores y curadores.

§. 200. Existen con todo algunas escepciones, porque no se obliga á dar caucion á los tutores nombrados en testamento, merced á que su buena fé y celo estan reconocidos por el testador. Tampoco se exige comunmente caucion á los curadores que no lo son por la ley, sino por nombramiento del cónsul, del pretor, ó del presidente de la provincia, pues que estos magistrados, en el mero hecho de elegirlos, los consideran idóneos.

FIN DEL COMENTARIO PRIMERO.

NOTAS

DEL PRIMER COMENTARIO.

§. 3. La ley se votaba *en los Comicios por centurias*; los plebeyos por el contrario votaban los plebiscitos *en los Comicios por tribus* á propuesta de uno de sus tribunos. Antes de la ley Hortensia que se promulgó el año 468 de Roma, *cum plebs in Janiculum secessisset*, ya los cónsules Horacio y Valerio habian hecho adoptar la ley: *ut quod tributim plebs jussisset, populum teneret* (año 305 de Roma). Esto mismo se renovó y confirmó despues por la ley del cónsul Publicio: *ut plebiscita omnes quirites tenerent* (A. R. 416). Las leyes, lo mismo que los plebiscitos, tomaban el nombre del magistrado que las proponia.

Ateius Capito..... quid lex esset, his-ce verbis definivit: «Lex est, inquit, generale jussum populi aut plebis, rogante magistratu..... plebem autem Capito in eadem definitione seorsum á populo divisit: quoniam in populo omnis pars civitatis omnesque ejus ordines continentur: plebes vero ea dicitur, in qua gentes civium patriciae non insunt, Plebiscitum igitur est, secundum eum Capitonem, lex quam plebes, non populus accipit.» A. Gellius *Noct. Attic.* X. 20.

§. 4. Bach (Hist. jur., sesta edicion, pág. 203 y siguientes) y Hugo (sétima edicion, pág. 293, Rechtsg.) se esfuerzan en probar que los senadoconsultos tenian ya fuerza de ley en tiempo de la república; otros jurisconsultos han sostenido la opinion contraria, apoyándose en Dionisio Halic. (ed. 1 y 16. Francofurt. 1586, lib. 7, pág. 448); en Polybio (ed. de Casaubon, Francofurt. 1609, lib. 6, pág. 462); en Tácito (Ann. I, 15), y en Dion Cassio (ed. Leunclav. Hanau, 1606, lib. 52, pág. 435).

Hugo invoca en apoyo de su opinion la autoridad de Ciceron (Topic. c. 5), de Teófilo (ad J. I. 2. §. 5), de Pomponio (ley 2. §. 9. *de origine juris*), de Horacio (Ep. I. 16. v. 41), y últimamente la *Tabula Heracleensis*.

§. 5. ..... *cum ipse imperator per legem imperium etc.* F. 1. p. D. 1. 4. «*Quod Principi placuit*, legis habet vigorem, ut pote cum *lege regia*, quae de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.» Sobre la *lex regia* véase á Heinecio, Antiq. Rom. lib. I, tit. 2, §. §. 62—67, donde se halla un fragmento de dicha ley, que em-

pieza así: FOEDVSQVE. CVM. QVIBVS. VOLET. FACERE. LICEAT. ITA. VTI. LICVIT, etc. etc. etc.

§. 6. En tiempo de Adriano, arregló Salvio Juliano el *Edictum perpetuum*, que era una compilacion de los edictos de los Pretores bastante semejante á las Pandectas, y confirmada por un senadoconsulto. (A. C. 131). Desde entonces quedó sustancialmente este edicto tal como era, y llegó á ser uno de los objetos principales de enseñanza y de comentarios para los jurisconsultos; lo que no impidió sin embargo que los magistrados posteriores estableciesen nuevos edictos. (Gans scholien zum Gaius, p. 17.) Véase tambien la escelente *Introduccion al derecho romano* de Makeldey, vertida al francés por L. Etienne, p. 43 y sig., 60 y sig.

§. 6. *In fine.* Augusto dividió con el senado las provincias del imperio, y de aquí la diferencia establecida entre las *provinciae populares* ó *publicae* y las *provinciae Caesarum*. Estas provincias se cambiaron muchas veces. Claudio usurpó la mayor parte de las del pueblo; pero fueron despues restituidas al Senado por Neron en el principio de su imperio. *Tácito, Ann.*, lib. XIII, 4.

§. 7. Antes de Augusto podian todos los jurisconsultos responder á las consultas sobre puntos de derecho; su autoridad era igual en el sentido de que era únicamente la autoridad de un hombre versado en leyes. Augusto fué el primero que concedió á ciertos jurisconsultos el privilegio particular de interpretar el derecho en nombre del príncipe, y últimamente Adriano determinó de una manera mas fija, segun se vé en el presente párrafo, el grado de autoridad que debian tener aquellas interpretaciones. Véase sobre las *responsa prudentum* á M. Du Caurroy, Institutes expliquées, número 39, Themis, tom. II, pág. 17; Freitz, Mémoires sur l'autorité des jurisconsultes romains, Thémis, tom. VII, 2.ª entrega; Hugo, R. G., página 597. No debe confundirse la institucion de Adriano con lo establecido por Valentiniano III. Véase L. un. Cod. Th. de resp. prud.

§. 13. Es un hecho incontestable que la ley Aelia Sencia fué adoptada bajo el imperio de Augusto: léese en Suetonio (Vida de este emperador, c. 40): «Manumittendi modum terminavit,» y poco despues: «Quum et de numero et de conditione ac diferentia eorum, qui manumitterentur, curiose cavisset, hoc quoque adjecit, ne vinctus unquam tortusque quis ullo libertatis genere civitatem adipisceretur.» Es evidente que en estos dos pasajes están designadas la ley Furia Caninia y la ley Aelia Sencia. Véase además á Dion Cassio, Hist. L. LV, p. 557, donde parece que alude á la ley Aelia Sencia, al decir de Augusto: πολλῶν τε πολλοὺς ἐλευθερούντων, ἀκριβῶς διέταξε, etc. Se sabe por otra parte que en el año 756 de Roma, bajo el reinado de Augusto, eran cónsules Sex. Aelius Cato y C. Sentius Saturnius; es pues verosimil que la ley Aelia Sentia se promulgó durante su consulado. (Véase á Holweg *de causae probat.* p. 77, y á Heineccio, ant. Rom. lib. I, tit. VI, §. 1.) La gran facilidad que tenian los señores de manumitir á sus esclavos, facilidad que degeneraba ya en licencia, siendo causa de que se encontrase la ciudad llena de ciudadanos indignos de tal nombre, fué la que dió origen á la publicacion de esta ley.

.....*Inve ludum*, etc., *ad vocem* ludus *conf. Caesar, de Bello civ. lib.* I, *cap.* 14. *Suetonius, in Cæsar. cap.* 31.

§. 14. Léese en Isid. Orig. IX. 4. in fine: «Dediticii primum a deditione sunt nuncupati; deditio enim dicitur quando se victi aut vincendi hostes victoribus tradunt, quibus haec origo nominis fuit. Dum quondam adversus populum Romanum servi armis sumptis dimicassent, victi se dederunt, comprehensique varia turpitudine affecti sunt: ex his quidam postea a dominis manumissi propter suppliciorum notas, quas manifeste perpessi sunt, ad dignitatem civium Romanorum, non pervenerunt.»

§. 29........*ex lege Aelia Sentia*, etc., etc. Parece que Gayo y Ulpiano (fragm. III, §. 3) se contradicen al referir el uno á la ley Aelia Sentia la prueba de la causa, al paso que el otro la atribuye á la ley Junia.

Suponiendo, segun la opinion de MM. Hugo y Holweg, que la ley Junia es posterior á la ley Aelia Sentia, «audacius ne conjecturae videbimur, ait Holweggius, si legem Juniam, qua omnis istorum libertorum conditio mutata ac denuo ordinata est, illos civitatis adipiscendae modos diserte confirmasse dixerimus? quo concesso, nullum nobis amplius negotium fuerit Ulpiani locus. Nam si lex Junia ea, quæ de causae probatione jampridem per legem Aeliam Sentiam introducta erant, confirmavit, non est mirandum, Ulpianum causae probationem legi Juniae, ut novissimae sanctioni, tribuere.» Véase *Holweg, de causae probatione*, pág. 75 y sig.

Haubold, en sus tablas cronológicas coloca la ley Aelia Sencia bajo el reinado de Augusto, y la ley Junia Norbana, *de latinitate manumissorum*, bajo el de Tiberio, en el año 19 de la Era cristiana y 772 de Roma (1).

De manera que segun la ley Aelia Sencia los manumitidos de esta suerte *in libertate morabantur*, en tanto que por la ley Junia se hacian Latinos.

.....*non minus quam septem testibus*, etc., etc. Conf. pro numero testium, §. §. 113, 119. hujus comment. et comment. II, §. 104, etc.

.....*liberorum causa uxorem duxisse*, etc., etc. Conf. Ulp. verba: «*Testatione interposita*, quod liberorum quaerendorum causa uxorem duxerit.»

§. 30. *Ideo autem*, etc. *si et ipse*, etc., etc. En la primera edicion de M. Goeschen se lee: *si et ipsa ejusdem*, etc., etc., cuyo testo ha conservado en este pasaje la edicion de Leipsick.

§. 31........*postea senatus-consulto*, etc., etc. Este senadoconsulto se dió hácia el año 828 de Roma.

§. 32. Ex his verbis licet valde mutilatis, hanc tamen Gaii sententiam esse intelligimus: post mortem patris Latini matrem quoque anniculi filii causam probare posse, eaque ratione et ipsam et filium ad civitatem Romanam pervenire. Postumi jure filium haberi, aliunde scimus. Si mater quoque antequam causam probaret, decesserit, ipsum filium eam probare

(1) M. A. Marchand, doctor en derecho de la Facultad de París, ha sostenido sin embargo una opinion nueva sobre la ley Junia en una disertacion leida á la sociedad de derecho Romano, que puede verse en la Thémis, t. 8.

Fundado en el testimonio de los historiadores y jurisconsultos, establece el autor en primer lugar que la ley Junia, posterior á Ciceron, se promulgó antes que la ley Aelia Sencia y aun que la ley Julia *de adulteriis*, puesto que estas dos leyes se refieren en sus disposiciones á la ley Junia; y finalmente, la supone promulgada en el año 729 de Roma, siendo cónsules Junio Silano y Augusto, no sin haber hecho notar que los jurisconsultos hablan siempre de esta ley, llamándola simplemente *lex Junia* (solo en un lugar la llama Justiniano Junia Norbana). Véanse en la misma disertacion las numerosas y fuertes pruebas que M. Marchand ha reunido.

posse, ex singulis quæ legi potuerunt, verbis suspicari licet. (Holweg.)

§. 33. *Aedificio*, etc., etc. Este pasaje puede restablecerse de este modo: *Lege Julia cautum est, ut Latinus si in perficiendo* aedificio *Romæ* non minus quam partem s.......... (Cramerus *semissariam* vel *semisdecimam*, Andreae *sextantariam* conjicit) patrimonii sui impenderit, jus quiritium consequatur.

§. 35. A primera vista parece que el sentido de este párrafo es: «que el que tiene sobre un esclavo dominio quiritario ó bonitario, puede á su arbitrio hacerle Latino, si lo manumite *inter amicos*, ó ciudadano Romano si la manumision es *per vindictam*.» Sin embargo, como Gayo no habla aquí de las causas que convierten en Latinos á los manumitidos, pues las ha espuesto antes en el §. 17, sino que trata de los diferentes modos con que los Latinos pueden adquirir el derecho de ciudadanía en Roma, parece lo mas verosimil que Gayo trate en este lugar de la *Iteratio*; en cuyo caso el sentido del presente párrafo sería: «que el esclavo que pertenece á un señor por dominio quiritario y bonitario á la vez, puede hacerse Latino por la manumision *inter amicos*, y adquirir en seguida el *jus quiritium*, si su señor lo manumite segunda vez *per vindictam*.» (Véase á Holweg. *de causae prob.*)

Hic articulus ad iterationem pertinet, de qua quæ in Epitome leguntur, haec sunt: *Nam Latini patronorum beneficio, id est si iterum ab ipsis aut testamento, aut in ecclesia, aut ante Consulem manumittantur, civium Romanorum privilegium consequuntur.* (Nota de M. Goeschen.)

§. 38.....*quam si uindicta* etc., etc., suspecta videri potest *uindicta*, licet etiam in Inst. legatur. Nulla enim vindictæ mentio fit, neque apud Theoph., neque apud Ulp.: deinde minorem XX annorum praevia causæ probatione inter amicos quoque manumittere potuisse, docet 41: denique locus, uti nunc est, vix defendi potest a grammaticorum reprehensione, quæ certe, verbo *uindicta* deleto, nulla foret. Nieb. transposito verbo *uindicta* sic legit: non aliter *uindicta* manumittere permititur, quam *si aput*... (Goeschen.)

§. 42. La misma causa que habia dado ya orígen á la ley Aelia Sencia, hizo que se promulgase algun tiempo despues (año 761 de R.) la ley *Furia Caninia*. Un gran número de ciudadanos Romanos conferían en testamento la libertad á todos sus esclavos, á fin de que asistiese á sus funerales una multitud de manumitidos y dejar por este medio reputacion de bondad, con cuyo proceder llenaban á Roma de ciudadanos indignos. (Véase á *Dionis. de Halic. IV.* 24; á *Sueton. Oct. Aug. c.* 40, y á *Cujac. obs. III.* 23.) La ley *Furia Caninia* reprimió esta licencia, fijando límites á las manumisiones por testamento.

§. 45. En el Epitome se lee el pasaje siguiente que tiene relacion con nuestro §.: *Nam si aliquis testamento plures manumittere voluerit, quam quot continet numerus supra scriptus, ordo servandus est: ut illis tantum libertas valeat, qui prius manumissi sunt, usque ad illum numerum, buem explanatio continet superius comprehensa: qui vero post supra constitutum numerum manumissi leguntur, in servitute eos certum est permanere. Quod si non nominatim servi vel ancillae in testamento manumittantur, sed confuse omnes servos suos vel ancillas is, qui testamentum facit, liberos facere voluerit, nulli penitus firma esse jubetur hoc ordine*

data libertas, sed omnes in servili conditione, quid hoc ordine manumissi sunt, permanebunt. Conferenda sunt adhuc loca haec: Comment. II. §. 239. Ulp. frag. I. §. 25. Paul. sent. recept. IV, 14, §. §. I.—3. item §. 25. I. de legat.

§. 46.......*scriptis in orbem*, etc. Véase sobre esta supercheria á Schulting ad Gaii I. 1. 2. El pasaje siguiente del Epitome (I, 2, §. §. 3. 4.) indica otro ejemplo de fraude: §. 3. *Nam si aliquis in aegritudine constitutus in fraudem hujus legis facere noluerit testamentum, sed epistolis, aut quibuscumque aliis rebus, servis suis pluribus, quam per testamentum licet, conferre voluerit libertates, et sub tempore mortis hoc fecerit, hi, qui prius manumissi fuerint, usque ad numerum superius constitutum, liberi erunt: qui vero post statutum numerum manumissi fuerint, servi sine dubio permanebunt.* §. 4. *Nam si incolumis quoscumque diverso tempore manumisit, inter eos, qui per testamentum manumissi sunt, nullatenus computentur.*

§. 47. Antes del descubrimiento de Gayo se ignoraba que la disposicion de la ley Aelia Sencia, anulando la manumision hecha en fraude de los acreedores, se aplicaba á los extranjeros.

§. 48. Id est qui sibi ipsis jura habent, vel qui pro aliis jura exercent. (Hugo.)

§. 52. Antonio Pio fué el primero que reprimió el escesivo poder de los señores sobre sus esclavos, poder que se estendia hasta el derecho de vida y muerte. Véase Inst. Just. 1. 8. §. 2.

§. 54. Antes de Justiniano habia tres especies de dominio: 1.° el dominio quiritario unido al bonitario ó natural; 2.° el simple dominio bonitario ó natural; 3.° el simple dominio quiritario (*nudum jus quiritium*). Para que hubiese dominio quiritario, *sive plenum, sive nudum*, se requerían tres cosas: 1.ª que el señor hubiese tenido el *jus commercii*; 2.ª un objeto que estuviese en el comercio; 3.ª uno de los modos de adquirir del derecho civil, cual es la mancipacion respecto á las cosas *mancipi*.

Por el contrario, para obtener el simple dominio bonitario ó natural bastaba: 1.° que el objeto estuviese en el comercio; 2.° que hubiese adquisicion de cualquiera especie. Véase á *Haubold, Inst. Jur. priv.* pág. 278 y siguientes; á *Ulpiano*, fragm. I. §. 16, y á *Theoph. Inst. ad §. fin. tit. de Libertin.*, que con razon llama al dominio quiritario φυσικὸν vel legitimum, y al bonitario ἔννομον vel naturale. Justiniano suprimió esta distincion. *L. un. C. de nudo jure quirit. tollendo*, et *L. un. C. de usuc. transf. et de subl. diff. re. mancipi et nec mancipi.*

§. 55. Distinguendum est justum et non justum matrimonium. Cum enim praeter ea, quae apud omnes gentes in contrahendis conjugiis observari solent, singularia quaedam jus civile requirat, nuptiae quae secundum juris civilis precepta contrahuntur, et plenum, quem jus civile tribuit habent effectum, *justae* dicuntur vel *legitimae*; *non justae* autem nuptiae propria juri civilis vi ac forma carent, et aut jure gentium valent, aut ne hoc quidem jure probantur, ubi prorsus nullae sunt. (Holweg *de caus. probat.*)

§. 56. Connubium est uxoris jure ducendae facultas. (Ulp.)

Connubium autem duplex est: aut enim ad diversum hominum statum spectat, qua ratione inter liberos tantum homines, eosque cives Romanos

conubium esse creditur, cum Latinis autem et peregrinis ita si concessum sit, cum servis nulla modo (Ulp. fragm. V. §. 4. 5); aut ad cognationem et affinitatem; nam inter quos hac ratione nuptiae prohibitae sunt, conubium non esse Gaius et Ulpianus aperte dicunt. (Holw.)

§. 66. Setentia haec est: filio tamen anniculo facto et causa probata, Latinum, praeterquam quod civitatem adipiscatur tam ipse, quam uxor ejus et filius, si ejusdem conditionis sint, incipere etiam in potestate habere filium.

Eo autem, quod dicit, patrem simul eum in potestate habere incipere, significare videtur, speciali decreto opus non esse, quo filius in potestate redigatur, sed patrem ipso jure cum civitate Romana potestatem in filium nancisci. (Holweg.)

§. 67. *et seq.* Es muy incierto el orígen del senadoconsulto de que se trata: Illud sane conjectura assequi licet, inquit Holweggius, Senatus-consultum, cum legis Aeliae Sentiae rationem habuerit (*Huj. Comment.* I. §. 68), ipsum autem ab Hadriano tam rescripto (*hujus. Comm.* I, §. 73), quam pluribus Senatus-consultis (*Gai. Comm.* II, §. 143 et III, §. 73), aliquatenus immutatum sit, eo tractu temporis, qui a divo Augusto ad Adriani imperium extenditur, factum esse debere.

Gans (Scholien, p. 125) cree que el senadoconsulto que autorizó la prueba del error, data desde el reinado de Vespasiano.

§. 69. Is casus, si Latina peregrino tanquam civi Romano nupserit, ideo omissus videtur, quia nec civi Romano Latina ex lege Aelia Sentia nubere potuisset. Ejus, qui dediticiorum numero est, hic nulla fit mentio; peregrinorum tamen appellatione eum comprehendi non dubitatur. (Holw.)

§. 70. Quaerebatur, an verba *ex lege Aelia Sentia* ad utrumque, an ad eum tantum casum pertineant, ubi civem Romanam uxorem ducere se crediderit? At prior sententia praevaluit et a Cl. Goeschennio interpunctione primum fuit indicata. (Holweg.)

§. 75. Holweg cree que el sentido de este pasaje es como sigue: *Peregrinus si civem Romanam uxorem duxerit, sive interveniente errore, sive non, is qui nascitur, peregrinus est: sed matrimonio per errorem contracto admitti poterit causae probatio, quam, ubi nullus error intervenerit, cessare constat.* Goeschen es de la misma opinion.

§. 77. Hunc §. sic Holweggius restituit: «Itaque si civis Romana peregrino (*cui conubium sit concessum, nupserit, qui ex ea conjunctione nascitur, peregrinus et justus patris*) filius est, tanquam si ex peregrina eum procreasset. Hoc (*tamen*) tempore etc., etc.»

§. 78. Es probable que en este lugar se trata de la ley Mensia (1), y que el sentido que ha querido espresar Gayo es este: *Quod si civis Romana peregrino nupserit, partum semper peregrinum nasci lege Mensia cautum est: quod quidem conubio interveniente etiam citra legem illam similiter procederet propter ipsum conubium; eo autem deficiente necessaria lex*

(1) Ulpiano, único jurisconsulto que nos ha hecho conocer la ley Mensia, habla de ella del modo siguiente en el fragm. V. §. 8: «Non interveniente conubio (*liberi*), matris conditioni accedunt; excepto eo, qui ex peregrino et cive Romana peregrinus nascitur: quoniam lex Mensia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi jubet.»

Mensia fuit, cum alioquin, non interveniente conubio ea servetur juris regula, ut partus ad matris condicionem accedat.

Huschk. finem hujus loci sic restituendam censet: « Qua parte *autem* jubet lex, *e cive Romano et* peregrina peregrinum *nasci*, *nihil novi introduxit*; nam etiam *sine ea lege e regula juris gentium idem* futurum erat.»

Algunos autores creen sin embargo que la ley Mensia no difiere de la ley Aelia Sentia. V. Haubold, *Epicrisis ad Heinecc. antiq.* L. I, §. 134; Holweg, *de causae probatione*, c. I, p. 12 y sig.

§. 79. Gaius hoc loco significasse videtur: « Latinos quidem lege Mensia fuisse comprehensos, sed non eos, qui suo aevo Latini appellarentur, coloniarios et Junianos, sed veteres illos Latinos, *qui proprios* populos propriasque civitates habebant, et erant peregrinorum numero. » Quod si vero ita se habeat, liberae reipublicæ temporibus et ante legem Juliam, qua veteres illi Latini cives facti sunt, legem Mensiam latam esse oportebit. (Holweg.)

§. 80. *Fuerunt tamen*, etc. Narrat tamen fuisse quosdam juris auctores, qui, si Latinus ex lege Aelia Sentia, id est testatione liberorum quoerendorum causa se uxorem ducere interposita cum cive Romana nuptias contraxisset, Latinum ex ea conjunctione putarent, quia legibus Aelia Sentia et Junia conubium concessum videatur, conubio enim interveniente filium patrem sequi: aliter autem contracto matrimonio *(ita enim legendum et restituendum ex litterarum vestigiis putat Holweggius)*, uxore scilicet non ex lege Aelia Sentia ducta, eum qui nascitur, secundum illorum sententiam, matris conditioni accedere. Senatum vero auctore Divo Hadriano rejecta illa jureconsultorum interpretatione ex vera legum Aeliae Sentiae et Juniae voluntate censuisse, ut omni modo sive ex lege Aelia Sentia, sive aliter Latinus civem Romanam uxorem duxisset, civis Romanus nasceretur. (Holweg.)

§. 87.... *Non justo contracto matrimonio senatum intervenire*, etc.

Senatum improprie scribit pro senatus-consulto: non ipsum enim Senatum in singulis erroris casibus intervenire et causae probationem permittere, sed lege generaliter proposita omnibus, qui eo jure uti possent, causae probationis beneficium indulsisse, manifestum est. (Holweg.)

§. 101. Léese en el Digesto, L. 21. de adopt. (I. 7): Gaius lib. I. regular: «*Nam et feminae ex rescripto principis adrogari possunt.*»

§. 106. Se vé que en tiempo de Gayo era aun cuestionable *si el mas jóven podia adoptar á uno de mas edad.* Por el contrario, en las Institutas de Justiniano se lee: *Minorem natu majorem non posse adoptare placet. Adoptio enim naturam imitatur.*

§. 118. Ex Bluhmii sententia universi loci lectio sic constituenda est: «Idem i. e. i. e. p. q. i. m. s. nam feminae a coemptionatoribus eodem modo possunt *mancipari*: *adeo ut*, *quamvis ea sola* apud coemptionatorem filiae loco sit, *quœ ei* nupta sit *in manu*, nihilominus, etc., etc.» Attamen hanc conjecturam recipere in contextum non ausus est Goeschenius.

§. 122.... *non numerabat eam, sed appendebat*, etc. V. a Niebuhr, t. I. p. 270 y sig.

§. 128. *Cum autem is... aqua et igni interdicitur*, etc. El orígen de la interdiccion del agua y del fuego proviene del principio establecido entre los Romanos, mediante el cual no podia quitarse á ningun ciudadano el derecho de ciudadanía contra su voluntad. Así, pues, cuando se quería alejar de la

ciudad á un ciudadano indigno, no se empleaba la violencia para espulsarle, siguiendo los principios reconocidos, sino que privándole de las cosas necesarias á la vida se le obligaba á que él mismo se espatriase. V. á Ciceron, *pro Domo*, c. 29 y 30.

§. 131. Sententia enim haud dubie haec est: olim filios familias, qui jussu parentis in Latinam coloniam nomina dedissent, utpote sic alterius civitatis cives factos, de parentis potestate exiisse. Hic locus restitui potest eo modo: *desinebant enim esse (cives) Romani ut (qui)* acciperentur alterius civitatis cives.

§. 132. *In fine.* In hac pagina nihil quicquam legere licuit. Neque tamen dubitandum est, quin posteriore ejus parte ea contineantur quae leguntur in L. 28 de adopt. (vid. §. 133.); prioris autem partis argumentum colligi potest ex Epitomes loco hoc (I. 6, §. 3.): «Tamen cum tertio mancipatus fuerit filius a patre naturali fiduciario patri, hoc agere debet naturalis pater, ut ei a fiduciario patre remancipetur, et a naturali patre manumitatur, ut si filius ille mortuus fuerit, ei in hereditate naturalis pater, non fiduciarius, succedat. Feminae vel nepotes masculi ex filio una emancipatione de patris vel avi exeunt potestate et sui juris efficiuntur. Et hi ipse quamlibet una mancipatione de patris vel avi potestate exeant, nisi a patre fiduciario remancipati fuerint et a naturali patre manumissi, succedere eis naturalis pater non potest, nisi fiduciarius, a quo manumissi sunt. Nam si remancipatum eum sibi naturalis pater vel avus manumiserit, ipse ei in hereditate succedit.» Conf. §. 6. I. quib. mod. jus pot. solv. verbis: *Et tunc ex edicto Praetoris* etc.

§. 136.... *Atque si in manum non convenisset* etc. Gaius, ut videtur, de flaminica Diali loquitur, docetque, eam e jure patrio non exire, propter legem sub Tiberio latam, qua flaminica Dialis sacrorum causa in potestate viri, cetera promiscuo feminarum jure ageret. Vid. Tacit. Ann. Lib. IV, cap. 16.... *quae in viri manu sunt....* Docet Gaius filiasfamilias si coemptionem fecerint, sive cum marito, sive cum extraneo, a parentum potestate liberari. Quae sequuntur, maximam saltem partem, ad eam questionem pertinere videntur: quibus modis feminae, quae in manu sunt, eo jure liberentur.

§. 145.... *ex lege Julia et Papia Poppaea*, etc. La ley Papia Poppea se publicó en tiempo de Augusto año 762 de Roma: como renovaba la mayor parte de las disposiciones de la ley Julia *de maritandis ordinibus*, se la designa ordinariamente bajo el nombre de la ley Julia *et Papia Poppaea.* Esta ley aseguraba recompensas y privilegios á los casados y padres de familias numerosas, y propendia por lo tanto á disminuir el número de los célibes. V. á Heinec., l. I. t. XXV. 7. Segun esta ley, el que tenia tres hijos vivos en Roma, cuatro en Italia, ó cinco en las provincias, estaba exento de toda carga personal. V. Ins. Just. lib. I., t. 25, in pr. Véase tambien el §. 194 de este comentario.

§. 157.... *postea lex Claudia lata est*, etc., etc. La ley Claudia ó el SENATUSCONSULTUM CLAUDIANUM *de tutela mulierum legitima*, se promulgó el año 798 de Roma. No debe confundirse con el senadoconsulto de que se hizo mencion en el §. 160, y que se promulgó siete años despues.

§. 164. Goeschen cree que en la página que falta despues de este párrafo trataba Gayo *de legitima gentilium tutela*; en efecto, él refiere este pasaje, del cual nada nos queda, al comentario III. §. 17.

§. 178.... *Lege Julia* de maritandis ordinibus etc. Propuesta esta ley el año 737 de Roma no se decretó hasta el 757, y se confundió en 762 con la ley Papia Poppea. V. la nota del §. 145. El celibato agradaba tanto á los romanos de aquel tiempo, que una ley cuyo objeto era hacer desventajosa esta condicion favoreciendo los casamientos, debió esperimentar y esperimentó en efecto una fuerte oposicion. Véase á Plin. Hist. Nat. XIV.; Senec. *Consolat ad Marcian.* 19.; Tacit. Ann. III. 28; Dion. Cass., hist. LVI. 7.; hist. XLIII. 25; hist. LVI. 16. Suet. *Jul. Cæs.*, c. 42. idem, *August.* c. 89 et cap. 34.

§. 184. Ut legitimum fiat judicium, sequentes conditiones requiruntur: 1.° oportet, ut judicium acceptum sit in urbe Roma, vel intra primum urbis Romæ milliarium; 2.° ut inter cives Romanos accipiatur; 3.° ut sub uno judice datum sit. Vid. *Nost.* comm. IV. §. 104 et seq., et in commentar. *Everardi Dupont*, pag. 145 et seq.

§. 185......*Ex lege Atilia*, etc., etc. Su fecha es incierta; Haubold la coloca en el año 557 de Roma; Gans no la cree muy anterior á la ley Junia y Titia, no obstante el pasaje de Tito Livio (XXXIX, 9.) que refiere, á lo que parece, un ejemplo de la aplicacion de esta ley. Dice, hablando de Fecennia Hispala: «Post patroni mortem, quia nullius in manu esset, tutorem a TRIBUNIS et PRAETORE petiisse.»

Ex lege Julia et Titia.....Esta ley hizo estensivo á las provincias el beneficio de la ley Atilia. Fué publicada en el año 723 de Roma.

§. 188. *Q. Mucius Scevola*, hijo de *Publius Mucius Scevola. Pomponius*, de orig. Jur., §. 41, dice de aquel lo siguiente: *Jus civile primus constituit, generatim in libros decem et octo redigendo.* Y *Ciceron*, de Orat., l. 39, le llama: *Hominem omnium et disciplina juris eruditissimum et ingenio prudentiaque acutissimum.—Jurisperitorum eloquentissimum, et eloquentium jurisperitissimum. Cicero*, Brut. c. 39, 40.

Servius Sulpicius Rufus. V. *Cicero*, Brut. c. 41.

Antistius Labeo: *Institutus est a Trebatio.* V. *Pomp.* de Orig. Jur. §. 47.

§. 196. *Sed diversae scholae*, Gayo era discípulo de Sabino y de Cassio, á quienes llama *nostri praeceptores*, al paso que á Próculo y sus discípulos *diversae scholae auctores*. Sobre estas diferentes sectas véase á *Gravina*, de Ortu et progressu jur. civ., §. 45.—*Hoffmann*, Hist. Jur. p. I, pag. 312. —*Mascow*, de Sectis *Sabinianorum* et *Proculianorum*. Lips. 1728.—*Hugo*, Rechtsgesc., pag. 615, etc., etc.

§. 196. *In fine.* Hujus paginae argumentum duplex sit necesse est. Apparet enim ex iis, quae praecedunt, tractatum de causis finiendae tutelae in ea continuari; quae autem sequuntur, caput de curationibus in ea incipere demonstrant. Quod in Epit. quidem tale est: «Peractis pupillaribus annis, quibus tutores absolvuntur, ad curatores ratio minorum incipit pertinere. Sub curatoribus sunt minores aetate, majores aversores, insani. Hi, qui minores sunt, usque ad viginti et quinque annos impletos sub curatore sunt. Qui vero eversores, aut insani sunt, omni tempore vitae suae sub curatoribus esse jubentur, quia substantiam suam rationabiliter gubernare non possunt.» Vid. Epit. I, 8. (Nota de Goeschen.)

§. 197. Illud quidem planum est, Gajum hoc loco de curatoribus mino-

rum agere. Sed si quid conjecturae detur, jam eo progredi licebit, ut Gajum maxime in exponenda notissima illa divi Marci constitutione occupatum fuisse dicamus, qua statutum es, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis: quae si ita sint, ad Imperatorem Marcum referendum erit verbum *uoluit*, quod in fine §. seq. legitur (Nota de Goeschen.)

FIN DE LAS NOTAS DEL PRIMER COMENTARIO.

GAII

INSTITVTIONVM.

COMMENTARIVS SECVNDVS.

LA INSTITUTA

DE GAYO.

COMENTARIO SEGUNDO.

GAII

INSTITVTIONVM.

COMMENTARIVS SECVNDVS.

*§. 1. SUPERIORE *commentario de iure personarum** exposuimus: modo uideamus de rebus; *quae uel* in nostro patrimonio sunt, uel extra nostrum patrimonium habentur.

§. 2. Summa itaque rerum diui*sio *in duos articulos deducitur*: *nam aliae sunt diuini iuris**, aliae humani. §. 3. Diuini iu*ris* su*nt* uelu*ti* res *sacrae* et religiosae. §. 4. Sacrae sunt, quae Diis superis consecr*at*ae sunt; religiosae, quae Diis manibus relictae sunt. §. 5. *Sed* sacrum*********************** auctoritate ********************** *lege de**, ea re lata, aut senatusconsulto facto. §. 6. Religiosum uero nostra uoluntate facimus mortuum inferentes in locum nostrum, si modo eius mortui funus ad nos pertineat. §. 7. Set in prouinciali solo placet plerisque, solum religiosum non fieri, quia in *eo solo* dominium populi Romani est, uel Caesaris; nos autem possessionem tantum* *et u**sum-

§. 1. pr. I. de divis. rer. Conf. Epitome, II, 1, pr. et §. 1.
§. 2. L. 1. pr. de divis. rer. inscripta: Gajus Lib. II. Institutionum.
§. 3. cit. L. 1. pr. de divis. rer. Conf. Epitome, II, 1, cit. §. 1.
§. 5. Conf. §. 8. I. de divis. rer. Epitome, II, 1, cit. §. 1.
§. 6. Conf. §. 9. I. de divis. rer.
§. 7. *quia — Caesaris.* Conf. supra Commentar. I. §. 6. et infra huj. Commentar. §. 21. Item Theophilus, II, 1, §. 40. *nos — uidemur.* Conf. Theophilus, loc. cit. et Simplicius, ap. Goes. pag. 76.

LA INSTITUTA DE GAYO.

COMENTARIO SEGUNDO.

DE LAS COSAS.

TITULO PRIMERO.

De la division y adquisicion de las cosas.

§. 1. Habiendo hablado en el comentario precedente del derecho de las personas, trataremos en este de las cosas, las cuales ó se hallan en nuestro patrimonio ó fuera de él.

§. 2. La division mas general de las cosas comprende dos secciones, pues unas son de derecho divino y otras de derecho humano.

§. 3. Son por ejemplo de derecho divino las cosas sagradas y religiosas.

§. 4. Se llaman sagradas las que se han consagrado á los dioses superiores, y religiosas las dedicadas á los dioses manes.

§. 5. Sin embargo, para la consagracion de las cosas *se necesitaba* la autorizacion *del pueblo romano* por medio de una ley ó senadoconsulto especial.

§. 6. Por el contrario, cada cual puede hacer á su gusto religioso un lugar siempre que en él dé sepultura al cadáver de una persona cuyos funerales le corresponda hacer.

§. 7. Pero es opinion de muchos que en las provincias no puede convertirse en religioso el suelo, porque siendo su dominio propiedad del pueblo romano ó del César, parece que solo

fructum habere uidemur. utique tamen *eiusmodi locus, licet non sit* religiosus, pro religioso habetur: quia etiam quod in prouinciis non ex auctoritate populi Romani consecratum est, (quamquam) proprie sacrum non est, tamen pro sacro habetur. §. 8. Sanctae quoque res, uelut muri et portae, quodammodo diuini iuris sunt. §. 9. Quod autem *diuini* iuris est, id nullius in bonis est: id uero, quod humani *iuris est, plerumque alicuius in bonis est; potest autem et nullius in bonis esse. nam res hereditariae antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. §. 10. Hae autem res, quae humani iuris sunt, aut publicae sunt, aut priuatae. §. 11. Quae publicae sunt, nullius in bonis esse creduntur; ipsius enim uniuersitatis esse creduntur. priuatae autem sunt, quae singulorum sunt*.

§. 12. *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. §. 13. Corporales hae sunt, quae tangi possunt, ueluti* fundus, homo, uestis, auru*m, argentum, et deni*que aliae res innumerabiles. §. 14. *Incorporales sunt, quae*tangi non possunt: *qualia sunt ea, quae in iuri consistunt; sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur; nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, ueluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum ius successionis, et ipsum ius uten*di fruendi, *et ipsum ius obligationis incorporale est. eodem numero sunt et iura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam seruitutes uocantur*.

———— ———— ———— ———— item ******** ************************ ———— ———— ———— ————

§. 15. Item ************************************ ———— ———— ———— ———— statim, ut nata sunt, mancipi esse putant: Nerua uero, Proculus, et ceteri diuersae scholae auctores non aliter ea mancipi esse putant, quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc uideri mancipi esse *************************** ****** ****************************** §. 16. *nec* mancipi sunt, uelut ursi, leones. item ea animalia, quae ferarum bestiarum numero sunt, uelut elephantes et cameli; et ideo ad rem non pertinet,

§. 8. cit. L. 1. pr. de divis. rer. §. 10. I. eod. Conf. Epitome, II, 1, cit. §. 1.

§. 9. cit. L. 1. pr. de divis. rer. *Quod — nullius in bonis est.* §. 7. I. eod. Conf. Epitome, II, 1, cit. §. 1. *nam res hereditariae* etc. Conf. Epitome, loc. cit.

§. §. 10. 11. cit. L. 1. pr. de divis. rer. Conf. Epitome, II, 1, cit. §. 1.

§. §. 12—14. cit. L. 1. de divis. rer. §. 1. Tit. Inst. de reb. incorp. Conf. Epitome, II, 1, §. §. 2 3.

§. 15. Conf. Vlpianus, Fragm. XIX, §. 1. Isidorus, Origin. Lib. IX, cap. 4. extr. item supra Commentar. I. §. 120. Conf. Fragm. Vatic. §. 259.

§. 16. Conf. Vlpianus, Fragm. XIX, cit. §. 1.

podemos adquirir su posesion ó usufructo; mas aunque propiamente no pueda llamarse religioso, no obstante se le tiene por tal; así como se consideran tambien sagradas, si bien no lo son propiamente, todas aquellas cosas que en las provincias han sido consagradas sin la autorizacion del pueblo romano.

§. 8. Tambien las cosas santas como los muros y las puertas de las ciudades se reputan en cierto modo de derecho divino.

§. 9. Las cosas de derecho divino jamás son patrimonio de nadie; por el contrario las cosas de derecho humano casi siempre se encuentran en los bienes de alguno, dado que á veces no suceda así, como acontece con las cosas hereditarias, las cuales ínterin no haya heredero, no son de nadie.

§. 10. Las cosas de derecho humano se dividen en públicas y privadas.

§. 11. Se llaman públicas las que no estando en los bienes de ninguno en particular, se consideran como propiedad de todos. Son privadas aquellas que se encuentran en el dominio de cada uno.

§. 12. Se dividen tambien las cosas en corporales é incorporales.

§. 13. Son corporales las cosas tangibles, como un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata y otras innumerables cosas.

§. 14. Incorporales son las intangibles, como las que consisten en un derecho, á saber: la herencia, el usufruto, ó las obligaciones de cualquier modo que se hayan contraido. Y no obsta que la herencia consista en cosas corporales, porque corporales son los frutos que produce un fundo, y corporal es tambien las mas veces lo que se nos debe en virtud de una obligacion, como un predio, un esclavo ó una suma de dinero; y sin embargo el derecho de sucesion ó de usufruto y una obligacion son en sí cosas incorporales. Entre estas mismas se colocan los derechos de los predios rústicos y urbanos, llamados tambien servidumbres..

....

(*Hic quindecim lineæ desunt.*)

§. 15. Igualmente......... piensan que son cosas *mancipi* desde el punto en que nacen. Pero Nerva, Próculo y otros autores de la escuela opuesta sostienen por el contrario que estos animales no deben considerarse cosas *mancipi* sino en cuanto han sido domados, y que si por su escesiva ferocidad no pueden domarse, se conceptuan como cosas *mancipi*, *desde que lleguen á la edad en que de ordinario se doman*..............................

§. 16........ son cosas no *mancipi*, como los osos y los leones. Del mismo modo aquellos animales que se cuentan entre las bestias fieras, como los elefantes y los camellos aunque puedan

quod haec *animalia* etiam *collo dorsoue domantur* — — — *** ******************************** quorum *** ********************* mancipi esse: quaedam non mancipi sunt. §. 17. Item fere omni*a, *quae incorpo**ralia sunt, nec mancipi sunt, exceptis *serui-tutibus praediorum rusticorum*: **nam hae quidem mancipi res* *sunt*, quamuis sint ex numero *rerum incorporalium*.

§. 18. Magna autem differentia est mancipi *rerum et* nec mancipi. §. 19. Nam res nec **mancipi nuda traditione abalie-nari possu**nt*, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. §. 20. Itaque si tibi uestem, uel aurum, uel argentum tradidero, sive ex uenditiones causa, siue **ex donationis**, siue quauis alia ex *causa*, qua fit ****************************** §. 21. **In eadem** causa sunt *prouincialia* praedia, quorum **alia sti-pen** diaria, alia tributaria uocamus. Stipendiaria sunt ea, quae in his prouinciis sunt, quae propriae populi Romani esse intelleguntur. Tributaria sunt ea, quae in his prouinciis sunt, quae propriae **Caesaris esse cre**duntur. §. 22. Mancipi uero res **sunt**, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde ****** mancipi res sunt dictae. quod autem ualet manci(*patio, idem ualet et in iure cessio*. §. 23. *Sed manci*)patio quidem quemadmodum fiat, superiore commentario tradidimus. §. 24. In iure cessio autem hoc modo fit. aput ma*gistratum* populi Romani, uel (*aput*) Praetorem, uel aput Praesidem prouinciae is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO. deinde, postquam hic uindicaue**rit, Praetor interro**gat eum, qui cedit, an contra uindicet. quo negante aut tacente, tunc ei, qui uindicauerit, eam rem addicit; idque legis actio uocatur. quae fieri potest etiam in prouinciis a*put Praesides earum* ***************** §. 25. fere semper mancipationibus utimur. quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc n*on est* necesse cum maiore difficultate aput Praetorem, aut aput Praesidem prouinciae quae*rere*. §. 26. (*At si*) neque mancipata, neque in iure cessa sit res mancip*i* ——————————————————————

————————————————————————————————

§. 17. *exceptis* etc. Conf. Vlpianus, Fragm. XIX, cit. §. 1. Conf. Fragm. Vatic. §. 45.

§. 19. *Nam — possunt*. Conf. Vlpianus, Fragm. XIX. §. 7. *si modo* etc. Conf. infra §. 28. item Theophilus, II, 1, §. 40.

§. 20. Conf. §. 40. I. de divis. rer.

§. 21. Conf. Theophilus, II, 1, cit. §. 40. item supra Commentar. I. §. 6. et huj. Commentar. §. 7.

§. 22. Conf. Cicero, Topic. cap. 5. et ad eum loc. Boethius (Commentar. Lib. III.).

§. 23. Vid. Commentar. I. §. 119. sq.

§. 24. *In iure cessio — — — uocatur*. Boethius, Commentar. in Topic. Cicer. Lib. III. post verba: Cessio vero tali fiebat modo, ut secundo commentario idem Cajus exposuit. Conf. Vlpianus, Fragm. XIX, §. §. 9. 10.

§. 26. Conf. Boethius, Commentar. in Topic. Cicer. loc. cit. item infra §. 41. et §. 204.

ser domados por el cuello ó por la espalda........................

§. 17. Igualmente, casi todas las cosas incorporales son no *mancipi*, á escepcion de las servidumbres de los predios rústicos, las cuales dado que sean incorporales, pertenecen siempre á las cosas *mancipi*.

§. 18. Existe una gran diferencia entre las cosas *mancipi* y las no *mancipi*.

§. 19. En efecto, las cosas no *mancipi* pueden enagenarse por la mera tradicion, toda vez que sean corporales y por lo tanto susceptibles de ella.

§. 20. Por consiguiente, si uno entrega á otro un vestido, oro ó plata, sea á título de venta, de donacion, ó de cualquiera otra causa, *por este mero hecho queda operada la enagenacion*.

§. 21. Lo mismo acontece con los predios situados en las provincias, de los cuales unos se llaman *estipendiarios* y otros *tributarios*. Se llaman *estipendiarios* aquellos fundos situados en las provincias que se consideran como propiedad del pueblo romano; y *tributarios* los situados en las provincias que se consideran como pertenecientes al César.

§. 22. Las cosas *mancipi* son aquellas cuya propiedad pasa de una persona á otra por mancipacion; y esta es la causa de que se llamen *mancipi*. Sin embargo, la cesion judicial (*cessis in jure*) equivale á la mancipacion.

§. 23. Ya hemos hablado en el comentario precedente de las formalidades de la mancipacion.

§. 24. Por lo que toca á la cesion judicial, he aquí del modo que se practica: los interesados comparecen ante un magistrado del pueblo romano, bien sea el pretor, bien el presidente de la provincia, y allí el cesionario dice, teniendo agarrado el objeto cedido, AFIRMO QUE ESTE HOMBRE ME PERTENECE POR EL DERECHO QUIRITARIO. Reclamada así la propiedad, el pretor pregunta al cedente si tiene algo que decir en contra, y caso de contestar negativamente ó de guardar silencio, el pretor adjudica la cosa al reclamante; lo cual se llama una accion de la ley. Puede tambien practicarse la cesion judicial en las provincias ante el presidente..

....

§. 25. Por lo comun nos valemos en este caso de la mancipacion, pues aquello que podemos hacer por nosotros mismos á presencia de nuestros amigos, es ocioso irlo á practicar de una manera mas dificil ante el pretor ó el presidente de provincia.

§. 26. Pero si la cosa *mancipi* no ha sido mancipada ni ce-

*unicam******************************** ———— ————— ———— ———— praedium ****************************** ****** *** ulla libera ********************** §. 27. *admo*nendi sumus ***************************** esse prouincialis soli nexum non ************** significationem solum non aliter ***** mancipi *** prouincial ** nec mancipi **** enim uero prouincia ** ************************ de mancipa—.

§. 28. Incorporales (*res*) traditionem non recipere manifestum est. §. 29. Sed iura praediorum urbanorum in iure ta*ntum* c*e*di possunt; rusticorum uero etiam mancipari possunt. §. 30. Vsusfructus in iure cessionem tantum recipit. Nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat, et ipse nudam proprietatem *retineat*. Ipse usufructuarius in iure cedendo domino proprietatis usumfructum, *effic*it, ut a se discedat et conuertatur in proprietatem: alii uero in iure cedendo nihilominus ius suum retinet; creditur enim ea cessione nihil agi. §. 31. Sed hae scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem reci*piunt*. alioquin in prouincialibus praediis siue qu*i*s usumfructum, siue ius eundi, agendi, aquamue ducendi, uel altius tollendi aedes, aut non tollendi ne luminibus uicini officiatur, ceteraque similia iura constituere uelit, pactionibus et s*t*ipulationibus id efficere potest; quia ne ipsa quidem praedia mancipationem, aut (*in*) iure cessionem recipiunt. §. 32. *S*et cum ususfructus et hominum, et ceterorum animalium constitui possit, intellegere debemus, horum usumfructum etiam in prouinciis per in iure cessionem constitui posse. §. 33. Quod autem diximus, usumfructum in iure cessionen tantum recipere, non est temere dictum, quamuis etiam per mancipationem constitui possit eo, quod in mancipanda proprietate detrahi potest: non enim ipse ususfructus mancipatur, sed cum in mancipanda proprietate deducatur, eo fit, ut aput alium ususfructus, aput alium proprietas sit. ———— ———— ———— ———— §. 34. Hereditas quoque in iure cessionem tantum recipit. §. 35. Nam si is; ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, in iure eam alii ante aditionem cedat, id est antequam heres extiterit, perinde fit heres is, cui in iure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem uocatus

§. 27. Conf. Simplicius, ap. Goes. pag. 76.

§. 28. Conf. supra §. 19.

§. 30. *Vsusfructus — recipit*. Conf. infra §. 33. item Vlpianus, Fragm. XIX, §. 11. *Ipse usufructuarius* etc. Conf. §. 3. I. de usufr. Pomponius, L. 66. de jur. dot. Conf. Fragm. Vatic. §. §. 45. 47.

§. 31. Conf. L. 1. pr. de usufr. (ex Nostri Reb. cottid.) §. 1. I. de usufr. §. 4. eod. de servitutib. Epitome II. 1. §. 3.

§. 33. *Quod autem diximus*. Vid. §. 30. Conf. Fragm. Vatic. §. 47.

§. 34. Conf. Vlpianus, Fragm. XIX, §. 11.

§. 35. Conf. infra Commentar. III. §. 85. item Vlpianus, Fragm. XIX, §. §. 12—14.

dida judicialmente..
....

(*Hic deest pagina integra.*)

§. 27. Sin embargo, debemos advertir...............................

§. 28. Es evidente que las cosas incorporales no son susceptibles de tradicion.

§. 29. Las servidumbres de los predios urbanos solo admiten la cesion judicial, en tanto que las de los predios rústicos pueden tambien ser mancipadas.

§. 30. El usufruto solo admite la cesion judicial. En efecto, el dueño de una propiedad puede ceder judicialmente y hacer que otro adquiera solo el usufruto, reteniendo él la *nuda* propiedad. El mismo usufructuario puede desprenderse del usufruto y hacer que se consolide con la propiedad, cediéndolo judicialmente al dueño de esta; mas si lo cede á otra persona retiene no obstante su derecho, pues semejante cesion se considera como no hecha.

§. 31. Estas disposiciones se aplican siempre, cuando se trata de predios situados en Italia, los cuales son susceptibles de mancipacion y de cesion judicial. Mas cuando los predios existen en las provincias, y se quiere establecer un derecho de pasage, de conduccion, de acueducto, una servidumbre *altius tollendi* ó *non tollendi* á fin de no quitar las luces al vecino, ú otros derechos semejantes; debe todo esto hacerse por pactos ó estipulaciones, porque estos predios no son susceptibles de mancipacion ni de cesion judicial.

§. 32. Pero si se quiere constituir un usufruto sobre hombres ó animales, puede establecerse por medio de la cesion judicial aunque sea en las provincias.

§. 33. Y porque al mancipar la nuda propiedad pueda quedar separado de ella el usufruto, pareciendo que este queda entonces constituido por mancipacion, no se crea aventurado nuestro principio de que el usufruto solo admite la cesion judicial; pues aun en este caso no se mancipa el usufruto, sino que á consecuencia de la mancipacion de la nuda propiedad se desase de ella, y de aquí resulta que una persona tenga el usufruto y otra la propiedad de la misma cosa.

§. 34. Tampoco la herencia admite mas que la cesion judicial.

§. 35. Por eso si el heredero legítimo de una sucesion abintestato la cede judicialmente antes de adirla, es decir, antes de ser considerado tal heredero, pasa á serlo aquel á quien la hubiere cedido, como si este mismo fuese el llamado por la ley á

esset: post *adi*tionem uero si ce*ss*erit, nihilominus ipse heres permanet, et ob id creditoribus tenebitur, debita uero pereunt, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt; corpora uero eius hereditatis perinde transeunt ad eum, cui cessa est hereditas, ac si ei singula in iure cessa fuissent. §. 36 Testamento autem scriptus heres ante aditam quidem hereditatem in iure cedendo eam alii nihil agi*t*; postea uero quam adierit si cedat, ea accidunt, quae proxime diximus de eo, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, si post *adi*tionem (*in*) iure cedat. §. 37. Idem et de necessariis heredibus diuersae scholae auctores existimant, quod nihil uidetur interesse, utrum (*quis*) adeundo hereditatem fiat heres, an inuitus existat; quod quale sit, suo loco apparebit. sed nostri praeceptores putant, nihil agere necessarium heredem, cum in iure cedat hereditatem. §. 38. Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt. nam quod mihi ab aliquo debetur, id si uelim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris: quae res efficit, ut a me liberetur, et incipiat tibi teneri; quae dicitur nouatio obligationis. §. 39. Sine hac uero nouatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea, quasi cognitor, aut procurator meus, experiri.

§. 40. Sequitur, ut admoneabus, aput peregrino*s* quidem unum esse dominium, ita ut dominus quisque *sit*, aut dominus non intelleg*a*tur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. set postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus, alius in bonis habere. §. 41. Nam si tibi rem mancipi neque mancipauero, neque in iure cessero, set tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res effici*e*tur, ex iure Quiritium uero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione, proinde pleno iure incipit, id est, et in bonis, et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea (*tibi*) mancipata, uel in iure cessa (*esset*). §. 42. Mobilium quidem rerum anno

§. 36. Conf. infra Commentar. III. §. 86. item Vlpianus, Fragm. cit. §. §. 13. 14. *quae proxime diximus*. Vid. §. 35.

§. 37. Conf. infra Commentar. III. §. 87. *quod quale sit, suo loco apparebit*. Vid. infra §. 153. sq.

§. 38. *sed opus est* etc. Conf. infra Commentar. III. §. 176.

§. 40. *Quo iure* etc. Conf. supra Commentar. I. §. §. 54. 35. 167. infra huj. Commentar. §. 88. et Commentar. III. §. 166. item Theophilus, I. 5, §. 4.

§. 41. Conf. huj. Commentar. §. §. 26. 204. Commentar. III. §. 80. item Boethius, loc. ad §. 26. allegat. et Vlpianus, Fragm. I, §. 16.

§. 42. Conf. Vlpianus, Fragm. XIX, §. 8. Cicero, Topic. cap. 4. pro Caecina cap. 19. item infra §. §. 204. 44. et 54.

la herencia; pero si la cediere despues de haberla adido, continúa siendo heredero y por lo tanto obligado para con los acreedores; bien es verdad que en este caso las deudas se consideran extinguidas con ventaja y ganancia de los deudores hereditarios; y en cuanto á las cosas corporales de la herencia, pasan al cesionario como si cada una en particular le hubiese sido cedida judicialmente.

§. 36. La cesion judicial hecha por el heredero testamentario antes de adir la herencia no produce efecto; pero si la cede despues de la adicion, tiene lugar cuanto se ha dicho en el caso de que el heredero legítimo de una sucesion abintestato la ceda judicialmente, despues de haberla adido.

§. 37. Los autores de la escuela contraria creen que esto mismo debe observarse tambien respecto de los herederos necesarios, por cuanto parece que nada importa el que uno llegue á ser heredero por adir voluntariamente la herencia, ó que lo sea mal de su grado. En su lugar veremos lo que hay sobre esto, bastando decir por ahora que nuestros maestros consideran nula la cesion judicial de la herencia hecha por el heredero necesario.

§. 38. Nada de lo establecido tiene lugar respecto de las obligaciones, cualquiera que sea la manera con que se hayan contraido; porque si yo, por ejemplo, quiero hacerte acreedor de lo que otro me debe, no puedo conseguirlo por ninguno de los medios de transferir la propiedad de las cosas corporales; sino es preciso que con mi consentimiento lo estipules así de mi deudor, el cual quedará libre de esta suerte con respecto á mí, y obligado para contigo. Esto es lo que se llama renovacion de la obligacion (*novatio obligationis.*)

§. 39. Sin esta renovacion no puedes actuar en tu propio nombre, pero sí debes hacerlo en el mio á título de mi procurador ó agente.

§. 40. Ahora debemos observar que los extranjeros solo tienen una especie de dominio, y así ó son dueños ó no de una cosa. Lo mismo sucedia antiguamente entre los romanos, y por tanto el propietario, ó lo era por derecho quiritario, ó no se le tenia por tal; pero posteriormente se estableció la division del dominio, de manera que unos pueden ser dueños por el derecho quiritario y otros por el bonitario.

§. 41. Por ejemplo, si yo te entrego simplemente una cosa *mancipi* sin mancipártela ni cedértela judicialmente, esta cosa tendrá entrada en tus bienes, pero me seguirá perteneciendo por dominio quiritario hasta que poseyéndola llegues á adquirirla por usucapion, pues luego que la usucapas comenzará á pertenecerte de pleno derecho, es decir, por el quiritario y bonitario, no de otra manera que si te hubiese sido mancipada ó cedida judicialmente.

§. 42. Efectúase la usucapion de las cosas muebles en un año,

completur (*usucapio*), fundi vero et aedium biennio: et ita lege XII tabularum cautum est.

§. 43. Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quae non a domino nobis traditae fuerint, siue mancipi sint *e*ae res, siue nec mancipi, si modo ea*s* bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui tra*di*derit, dominum esse. §. 44. Quod ideo receptum uidetur, ne rerum dominia diutius in incerto essent: cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam a*nn*i, aut biennii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est.

§. 45. Set aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, nu*m*quam tamen ill*i* usucapio procedit: uelut si qui*s* rem furtiuam aut ui possessam possideat; nam furtiuam lex XII tabularum usucapi prohibet, ui possessam lex Iulia et Plautia. §. 46. Item prouincialia praedia usucapionem (*non*) recipiunt. §. 47 (*Item*) mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore (*auctore*) traditae essent: id i*ta* lege XII tabularum ca*u*(*tum erat*). §. 48. I*t*em liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est. §. 49. Quod ergo uulgo dicitur, furtiuarum rerum et ui possessarum usucapionem per legem XII tabularum prohibitam esse, non eo pertinet, ut (*ne ipse*) fur, **quiui per** uim **possidet**, usucapere *pos*sit, nam huic ali*a* ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet; sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi ius habeat. §. 50. Vnde in rebus mobilibus non facile p**rocedit, ut bonae fidei possessori usucapio com**petat: quia qui alienam rem uendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit, etiam si ex ali*a* causa tradatur. Set tamen hoc aliquando aliter se habet. nam si heres rem defuncto commodatam,

§. 43. Conf. pr. I. de usucap. *siue mancipi — siue nec mancipi.* Conf. Vlpianus, Fragm. XIX, §. 8.

§. 44. Conf. cit. pr. I. de usucap. L. un. C. de usucap. transform. (Iustinian.) L. 1. de usurpat. (ex Nostri Commentar. ad Edict. prov.) item supra §. 42. et quos ibi allegavi Ciceronis et Vlpiani loci, nec non infra §. §. 54. et 204.

§. 45. *Set — — procedit.* §. 1. I. de usucap. *uelut — — — Plautia.* Conf. §. 2. eod.

§. 46. Conf. cit. L. un. C. de usucap. transform. et cit. pr. I. de usucap. item supra §. 7.

§. 47. Conf. supra Commentar. I. §. 192. et infra huj. Commentar. §. 80. item Cicero, ad Atticum, Lib. I. epist. 5. et pro Flacco, cap. 34. Conf. Fragm. Vatic. §. §. 1. 259.

§. 48. Conf. §. 1. I. de usucap.

§. 49. §. 3. I. de usucap.

§. 50. §. §. 3—6. I. de usucap. *Set — — — credens, uendiderit aut donauerit.* Conf. L. 36. de usurpat. (ex Nostri Reb. cottid.) *furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur.* L. 37. pr. eod. inscripta: Gajus Libro II. Institutionum. Conf. infra Commentar. III. §. 208.

pero la de los predios rústicos y urbanos necesita dos: así lo dispone la ley de las Doce Tablas.

§. 43. Tambien usucapimos, sean ó no *mancipi*, aquellas cosas que se nos entreguen por cualquiera otra persona que no sea el dueño, con tal que las hayamos recibido de buena fé y en la persuasion de ser su verdadero dueño el que nos las entregara.

§. 44. Esta disposicion parece adoptada con el fin de que no permaneciese por mucho tiempo incierto el dominio de las cosas, bastando por otra parte al dueño para procurar lo suyo el espacio de un año ó dos exigido para la usucapion.

§. 45. Acontece sin embargo que el poseedor de una cosa agena, aunque lo sea de buena fé, no pueda usucapirla: por ejemplo, aquel que posee una cosa hurtada ú obtenida por fuerza; pues la ley de las Doce Tablas prohibe la usucapion de la primera y las leyes Julia y Plaucia la de la segunda.

§. 46. Tampoco admiten la usucapion los predios de las provincias.

§. 47. Asimismo no podian usucapirse las cosas *mancipi* pertenecientes á la mujer sujeta á la tutela de sus agnados, á menos que ella no las hubiese entregado con la antorizacion de su tutor; disposicion tambien contenida en la ley de las Doce Tablas.

§. 48. Es incontestable que tampoco es permitida la usucapion de los hombres libres, ni de las cosas sagradas ni religiosas.

§. 49. Cuando ordinariamente se dice que por la ley de las Doce Tablas está prohibida la usucapion de las cosas hurtadas ú obtenidas por fuerza, esta prohibicion no se entiende solamente respecto del que las ha hurtado ú obtenido violentamente, pues ya existe otra razon para que este no pueda usucapirlas, cual es la posesion de mala fé, sino tambien respecto de cualquiera otra persona aun cuando de buena fé las haya comprado al raptor.

§. 50. De modo que dificilmente se efectua la usucapion de las cosas muebles, por cuanto el que vende y entrega la cosa agena, por lo regular comete hurto; y lo mismo sucede aun cuando la tradicion de la cosa se haga por otro cualquier título. Algunas veces sin embargo sucede lo contrario: por ejemplo, el

aut locatam, u*el* aput eum depositam, existimans eam esse hereditariam, uendiderit aut donauerit, furtum non committit. item si is, ad quem ancillae ususfructus pertinet, partum etiam suum esse credens, uendiderit aut donauerit, furtum non committit; *f*urtum enim sine affectu furandi non committitur. aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine uitio furti rem alienam ad aliquem transferat et efficiat, ut a possessore usucapiatur. §. 51. Fundi quoque alieni potest aliquis *si*ne ui possessionem nanciscì, quae uel ex negligentia domini uacet, uel quia dominus sine successore decesserit, uel longo tempore afuerit. nam si ad alium bona fide accipientem transtulerit, po*t*erit usucapere possessor; et quamuis ipse, qui uacantem possessionem nactus est, intellegat, alienum esse fuu*d*um, *tamen* nihil ho*c bonae* **fidei** posses*s*ori ad *us*ucapionem nocet, *cum* improbata sit eorum se*nt*entia, qui putauerint, furti*uum* fundum fieri po*ss*e.

§. 52. Ru*rs*us ex contrario accidit, ut qui sciat alienam re*m* se possidere, usucapiat: uelut si rem hereditariam, cuius po*s*-*s*essionem heres nondum nactus est, aliquis pos*se*derit; nam ei concessum (*est*, *usu*)capere, si modo rea es est, quae recipit usucapionem. quae species possessionis et usucapionis pro herede uocatur. §. 53. Et in tantum haec usucapio concessa est, ut et res, quae solo continentur, anno usucapiantur. §. 54. Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod o*l*im rerum hereditariarum possessione *uel*ut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras uero anno. ergo hereditas in ceteris rebus uidebatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est. quamuis (*autem*) postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo teneantur, annua usucapio remansit. §. 55. Quare autem omnino tam inproba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod uoluerunt ueteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa* obseruatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur. §. 56. Haec autem species possessionis et usucapionis etiam lucratiua uocatur: nam sciens

§. 51. Conf. §. 7. I. de usucap. *Fundi — — — afuerit.* cit. L. 37. de usurpat. §. 1. *nam si* etc. Conf. L. 38. eod. (ex Nostri Reb. cottid.) *eorum sententia* etc. Conf. Gellius, Lib. XI, cap. 18.

§. 52. Conf. infra Commentar. III. §. 201. *cuius — nactus est.* Conf. Pomponius, L 29. de usurpat.

§. 54. *quod olim — — credebantur.* Conf. Cicero, pro Flaccu, cap. 34. ad Atticum, Lib. I, epist. 5. *lex enim — — anno.* Conf. supra §. 42. et loci ibi allegati. *quamuis — — posse.* Conf. Seneca, de Benefic. Lib. VI, cap. 5.

§. 55. *ut essent — — fuit.* Conf. Cicero, de Legib. Lib. II, cap. 19—21. pro Muraena, cap. 12.

§. 56. Conf. Iulianus, L. 2. §. 1. pro herede et L. 33. §. 1. de usurpat.

heredero que en la persuasion de que pertenece á la herencia, vende ó dona una cosa prestada al difunto, ó habida en alquiler ó depósito, no comete hurto: de la propia manera, si el usufructuario de una mujer esclava vende ó dona el hijo que ha nacido de ella, creyendo que le pertenece, tampoco comete hurto, porque para que lo haga es necesario que exista la intencion de hurtar. Tambien puede suceder de otras varias maneras que sin cometer hurto transfiera uno á otro la cosa agena de tal manera que el poseedor llegue á usucapirla.

§. 51. Del mismo modo cuando una persona entra sin violencia en posesion de un predio que esté desocupado, ya por abandono, larga ausencia ó fallecimiento del dueño sin dejar heredero, si esta persona entrega el predio á un tercero que lo recibe de buena fé, este lo puede adquirir por usucapion, pues si bien el que toma posesion de un predio desocupado siempre debe pensar que no carece de dueño, esto no daña al poseedor de buena fé, refutada como está la opinion de los que suponen posible el hurto de un fundo.

§. 52. Por el contrario acontece tambien que el poseedor á sabiendas de una cosa agena puede usucapirla: por ejemplo, la persona que posea algun objeto de una sucesion no obtenida todavía por el heredero, pues en este caso es permitido usucapir siempre que la cosa sea susceptible de ello: esta especie de posesion y usucapion se llama *pro herede*.

§. 53. Semejante usucapion se ha concedido solamente á fin de que aun las cosas adheridas al suelo (inmuebles), se usucapan en un año.

§. 54. La razon de haberse establecido en este caso la usucapion por un año aun respecto de las cosas inmuebles, es porque antiguamente aun las mismas herencias eran susceptibles de usucapion con tal que se poseyesen por un año los objetos hereditarios. En efecto, la ley de las Doce Tablas dispone que las cosas inmuebles no puedan usucapirse sino despues de dos años de posesion, en tanto que para las otras solamente exige un año. De consiguiente la herencia se consideraba comprendida en la última clase en razon á no ser cosa corporal, cuanto menos adherida al suelo. Y aunque se reconoció despues que las herencias no eran susceptibles de usucapirse, se conservó sin embargo la usucapion por un año para los objetos hereditarios aun respecto de aquellos que consistan en cosas inmuebles.

§. 55. Y el motivo de conceder la usucapion á una posesion tan injusta, fué porque los antiguos querían que la herencia fuese adida en un plazo muy breve, á fin de que nunca faltase una persona que hiciese los sacrificios por el difunto, observados escrupulosamente en aquel tiempo, y á la cual pudieran dirigirse los acreedores para recobrar sus créditos.

§. 56. Esta especie de posesion y usucapion se llama tam-

quisque rem alienam lucrifacit. §. 57. Sed hoc tempore etiam non est lucratiua. nam ex auctoritate Hadriani senatusconsultum factum est, ut tales usucapiones reuocarentur. et ideo potest heres ab eo, qui rem usucepit, hereditatem petendo perinde eam rem consequi, atque si usucapta non esset. §. 58 *S*et necessario tamen herede extante ipso iure, pro herede usucapi potest. §. 59. Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit. nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit, uel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, *et* si soli sit. quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem. §. 60. Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico, quod tutius nostrae res aput eum essent: siquidem cum amico contracta sit fiducia, sane omnimodo competit usureceptio: si uero cum creditore, soluta quidem pecunia omnimodo competit: nondum uero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogauerit, ut eam rem possidere liceret; quod casu lucratiua usucapio competit. §. 61. Item si rem obligatam sibi populus uendiderit, *eamque* dominus poss*e*derit, concessa est usureceptio: sed hoc casu praedium biennio usurecipitur. et hoc est, quod uolgo dicitur, ex praediatura possessionem usurecipi. nam qui mercatur a populo praediator appellatur.

§. 62. Accidit aliquando, ut qui dominus sit, aliena*nd*ae rei potestatem non habeat; et qui dominus non sit, *al*ienare possit. §. 63. Nam dotale praedium maritus inuita mulie*re* per legem Iuliam prohibetur alienare, quamuis ipsius *s*i*t*, uel mancipatum ei dotis causa, uel in iure cessum, uel usucaptum. quod quidem ius utrum ad Italica tantum praedia, an etiam ad prouincialia pertineat, *d*ubi*t*atur. §. 64. Ex diuerso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege XII tabularum; item procurator **************************** ; item creditor pignus ex pac-

§. 57. Conf. L. 1. C. de usucap. pro herede. (Anton.)

§. 58. Conf. infra Commentar. III. §. 201. item L. 2. C. de usucap. pro herede (Dioclet. et Maxim.) — Cum his, quae de usucapione pro herede §. 52. et seq. Gajus disputat, praeter locus superius allegatos conferendi sunt etiam Cicero, Topic. cap. 6. (verbis *aut possessione retenta*) et Plinius, Lib. V, epist. 1.

§. 59. *qui rem — cesserit*. Conf. Isidorus, Origin. Lib. V, cap. 25.

§. 60. *cum amico — essent*. Conf. Boethius, Commentar. in Topic. Cicer. Lib. IV. (ad cap. 10.) *si uero cum creditore* etc. Conf. infra Commentar. III. §. 201.

§. 62. pr. I. quib. alien. lic.

§. 63. *Nam — — — usucaptum*. cit. pr. I. quib. alien. lic. conferendum et in reliqua huj. §. parte.

§. 64. *agnatus — tabularum*. Conf. Cicero, de Invent. Lib. II, cap. 50. Auctor ad Herennium, Lib. I, cap. 13. *item procurator*. Conf. L. 9. §. 4. de acquir. rer. dom. (ex Nostri Reb. cottid.) §. 43. I. de divis. rer. *item creditor* etc. §. 1. I. quib. alien. lic.

bien *lucrativa*, pues que por ella se adquiere una cosa que á ciencia cierta pertenece á otro.

§. 57. Hoy dia no existen las usucapiones lucrativas porque han sido abolidas por un senadoconsulto adoptado con la autorizacion del emperador Adriano. Así es que el heredero puede pedir la herencia contra el que la haya usucapido y obtenerla cual si no mediase la usucapion.

§. 58. Sin embargo, aun puede verificarse la usucapion *pro herede* cuando existe un heredero necesario por derecho propio.

§. 59. Existen tambien otras causas por las cuales se pueden usucapir las cosas que se sabe pertenecer á otra persona. Así, aquel que ha dado en mancipio por causa de fiducia una cosa á otro, ó la ha cedido judicialmente, puede usucapirla por un año de posesion aun cuando sea cosa inmueble. Esta clase de usucapion se llama *usurecepcion*, porque en semejante caso volvemos á tomar por la usucapion la cosa que ya nos ha pertenecido.

§. 60. Y como quiera que el pacto fiduciario pueda ser ó con un acreedor á título de prenda ó con un amigo á fin de asegurar las cosas nuestras que están en su poder, de aquí es, que si se ha contratado con un amigo, la usurecepcion es siempre competente; y si con un acreedor, no procede de ningun modo aquella, á no ser que el crédito esté ya solventado, ó que el deudor haya recibido la cosa á título no de arrendamiento ni de préstamo, en cuyo caso tiene lugar la usucapion lucrativa.

§. 61. Del mismo modo si el pueblo romano ha vendido una cosa sobre la cual tenia derecho, el dueño de esta cosa puede adquirirla por usurecepcion con tal que la posea; pero en este caso se necesita para los predios una posesion de dos años, y por esto se dice vulgarmente que la posesion por *prœdiatura* puede producir la usurecepcion; pues *prœdiator* se llama el que compra alguna cosa al pueblo romano.

§. 62. Suele acontecer algunas veces que uno sea propietario de una cosa sin tener por eso derecho de venderla, y por el contrario que la pueda enagenar sin ser el propietario de ella.

§. 63. En efecto, aunque el predio dotal pertenezca al marido, ya porque le haya sido mancipado á título de dote ó cedido judicialmente, ya porque lo haya usucapido, sin embargo la ley Julia le prohibe venderlo sin consentimiento de su mujer: con todo, se duda si esta disposicion debe solo aplicarse á los bienes situados en Italia, ó estenderse tambien á los de las provincias.

§. 64. Por el contrario, segun la ley de las Doce Tablas el curador agnado de un loco puede vender la cosa de este; tambien el procurador...; del mismo modo el acreedor puede enage-

tione, quamuis eius ea res non sit. sed hoc forsitan ideo uideatur fieri, quod uoluntate debitoris intellegitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus uendere, si pecunia non soluatur.

§. 65. Ergo ex his, quae diximus, apparet, quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea, quae traditione alienantur; quaedam ciuili, nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium est ciuium Romanorum.

§. 66. Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam *quae* occupando ***************** quia antea nullius essent: qualia sunt omnia, quae terra, mari, coelo capiuntur. §. 67. Itaque si *feram* bestiam, aut uolucrem, aut piscem **************** captum *** *********** *********** *eous*que nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coerceatur. cum uero custodiam nostram euaserit et in naturalem libertatem se receperit, rursus occupantis fit, quia nostr*um* esse desinit. naturalem autem libertatem recipere uidetur, cum aut oculos nostros euaserit, aut licet *in* conspectu sit nostro, difficilis tamen *sit* rei persecutio. §. 68. In iis autem animalibus, quae ex consuetudine abire et redire solent, ueluti columbis et apibus, item ceruis, qui in siluas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut si reuertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant, et fiant occupantium. reuertendi autem animum uidentur desinere habere; cum reuertendi consuetudinem deseruerint. §. 69. Ea quoque, quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt.

§. 70. Sed et id, quod per alluuionem nobis adiicitur, eodem iure nostrum fit, per alluuionem autem uidetur adiici, quod ita paulatim flumen agro nostro *a*diicit, ut aestimare non possimus, quantum quoquo momento temporis adiiciatur. hoc est, quod uolgo dicitur, per alluuionem id adiici uideri, quod ita paulatim adiicitur, ut oculos nostros fallat. §. 71. Quodsi flumen partem aliquam ex tuo praedio de(*traxe*)rit et ad meum praedium *a*ttulerit, haec pars tua manet. §. 72. At si in medio flumine insula nata sit, haec eorum omnium commun*is* est,

§. 65. *Ergo — — ciuili.* Conf. L. 1. pr. de acquir. rer. domin. (ex Nostri Reb. cottid.) §. 11. I. de divis. rer. *nam mancipationis* etc. Conf. Boethius, Commentar. in Topic. Cicer. Lib. III. (ad cap. 5.) Vlpianus, Fragm. XIX, §. 4. Cicero, de Offic. Lib. I, cap. 12.

§. 66. Conf. cit. Lib 1. de a. r. d. §. 1. L. 3. pr. eod. (ex Nostri Reb. cottid.) §. 12. I. de divis. rer.

§. 67. Conf. cit. L. 3. de a. r. d. §. 2. L. 5. pr. eod. (ex Nostri Reb. cottid.) cit. §. 12. I. de divis. rer.

§. 68. Conf. cit. L. 5. de a. r. d. §. 5. §. 15. I. de divis. rer. *ut si reuertendi* etc. cit. §. 15. I.

§. 69. Conf. cit. L. 5. de a. r. d. §. 7. §. 17. I. de divis. rer.

§. 70. Conf. L. 7. §. 1. de acquir. rer. domin. (ex Nostri Reb. cottid.) §. 20. I. de divis. rer.

§. 71. Conf. cit. L. 7. de a. r. d. §. 2. §. 21. I. de divis. rer.

§. 72. Conf. cit. L. 7. de a. r. d. §. 3. §. 22. I. de divis. rer.

nar, mediante pacto, la prenda recibida, aunque esta no le pertenece. Sin embargo esta facultad no emana al parecer sino de la voluntad del deudor, que ha consentido anteriormente en que el acreedor, á falta del pago, pueda vender la prenda.

§. 65. Resulta de lo que llevamos dicho que la propiedad, ora se transfiere por derecho natural, como sucede en la tradicion, ora por derecho civil, pues la mancipacion, la cesion judicial y la usucapion son modos de enagenar peculiares á los ciudadanos romanos.

§. 66. No es la tradicion el único modo de adquirir que nos suministra el derecho natural, pues podemos tambien hacerlo por ocupacion...... porque antes no perteneciesen á nadie, tales como las que se aprehenden en la tierra, el mar y el aire.

§. 67. Así los animales fieros ó salvages, las aves ó los peces.... cogidos.... *por nosotros*, nos pertenecen mientras permanezcan en nuestro poder. Pero si se escapan y vulven á gozar de su libertad natural, dejan de pertenecernos y pueden ser adquiridos de nuevo por el primero que los ocupe. Júzgase que han recobrado su libertad natural desde el punto en que los perdemos de vista, ó si, aunque los veamos, se han colocado de manera que sea difícil perseguirlos.

§. 68. En cuanto á los animales que tienen costumbre de salir y entrar, como son las palomas, las abejas, y tambien los ciervos que van y vienen de los bosques, la regla que se nos ha transmitido es que cesan de pertenecernos y pueden ser adquiridos por el primero que los ocupe, luego que han perdido la intencion de volver: y se presume que la han perdido cuando ya no tienen costumbre de hacerlo.

§. 69. Tambien las cosas cogidas al enemigo se hacen nuestras por derecho natural.

§. 70. Lo que se agrega á nuestro campo por aluvion, se adquiere tambien por el mismo derecho. Se entiende agregado por aluvion todo lo que un rio vá añadiendo á nuestro campo tan paulatinamente, que no puede estimarse la cantidad que se va agregando á cada momento. Así es que cuando vulgarmente se dice que tal porcion ha sido añadida por aluvion, se entiende el acrecentamiento que se ha ido formando tan insensiblemente, que nuestros ojos no han podido percibirlo.

§. 71 Por eso si el rio arranca una porcion de tu campo y lo añade al mio, la parte arrancada continúa siendo tuya.

§. 72. En cuanto á la isla formada en medio de un rio, pertenece en comun á los propietarios de los predios riberiegos

qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident. si uero non sit in medio flumine, ad eos pertinet, qui ab ea parte, quae proxuma est, iuxta ripam praedia habeat. §. 73. Praeterea id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est, quamuis ille suo nomine aedificauerit, iure naturali nostrum fit, quia superficies solo cedit. §. 74. Multoque magis id accidit et in planta, quam quis in solo nostro posuerit, si modo radicibus terram complexa fuerit. §. 75. Idem contingit et in *fru*mento, quod in solo nostro ab aliquo satum fuerit. §. 76. Sed si ab eo petamus fructum, uel aedificium, et inpensas in aedificium, uel in seminaria, uel in sementem factas ei soluere nolimus, poterit nos per exceptionem doli mali repellere; utique si bonae fidei possessor fuerit. §. 77. Eadem ratione probatum est, quod in chartulis siue membranis meis aliquis scripserit, licet aureis litteris, meum esse, quia litterae chartulis sine membranis cedunt. itaque si ego eos libr*o*s easque membranas petam, nec inpensam scripturae soluam, per exceptionem doli mali summoueri potero. §. 78. Sed si in tabula mea aliquis pinxerit uelut imaginem, contra probatur: magis enim dicitur, tabulam picturae cedere. cuius diuersitatis uix idonea ratio redditur. ce*r*te secundum hanc regulam, si me possidente petas, imaginem tuam esse, nec soluas pretium tabulae, poteris per exceptionem doli mali summoueri. at si tu possideas, consequens est, ut utilis mihi actio aduersum te dari debe*at*: quo casu, nisi soluam impensam picturae, poteris me per exceptionem doli mali repellere; utique si bona fide possessor fueris. illud palam est, quod siue tu subripuisse*s* tabulam, siue alius, competit mihi furti actio.

§. 79. In aliis quoque speciebus naturalis ratio requirit*ur*. proinde si *e*x uuis, (*aut oliuis, aut spicis*) meis uinum, aut oleum, aut frumentum feceris, quaeritur, utrum meum sit id uinum aut oleum aut frumentum, an tuum. item si ex auro aut argento meo uas aliquod feceris, aut ex meis tabulis nauem aut armarium aut subsellium fabricaueris; item si ex lana mea

§. 73. Conf. Epitome, II, 1, §. 4. cit. L. 7. de a. r. d. §. 12. §. 30. I. de divis. rer.

§. 74. Conf. Epitome, II, 1, cit. §. 4. cit. L. 7. de a. r. d. §. 13. §. 31. I. de divis. rer.

§. 75. Conf. Epitome, II, 1, cit. §. 4. L. 9. pr. de a. r. d. (ex Nostri Reb. cottid.) § 32. I. de divis. rer.

§. 76. Conf. Epitome, II, 1, §. 6. cit. L. 7. §. 12. cit. L. 9. pr. de a. r. d. cit. §. §. 30. et 32. I. de divis. rer.

§. 77. Conf. Epitome, II, 1, cit. §. §. 4. et 6. cit. L. 9. de a. r. d. §. 1. §. 33. I. de divis. rer.

§. 78. Conf. cit. L. 9. de a. r. d. §. 2. §. 34. I. de divis. rer. Epitome, II, 1, cit. §. §. 4. et 6. *secundum hanc regulam* etc. cit. §. 34. I.

§. 79. *In aliis — — — Cassio*. Conf. L. 7. §. 7. de acquir. rer. domin. (ex Nostri Reb. cottid.) §. 25. I. de divis. rer. Epitome, II, 1, §. 5. *alii — — uisum est*. Conf. cit. L. 7. §. 7. cit. §. 25. I. *sed eum — — — competere*. Conf. §. 26. I. de divis. rer. *quia* etc. cit. §. 26. I.

de ambas márgenes. Pero cuando no está en medio del rio, pertenece esclusivamente á los propietarios de los predios situados en la orilla mas próxima á la isla.

§. 73. Ademas lo que otro ha edificado en nuestro suelo, aunque sea en su nombre, se hace nuestro por derecho natural, porque la superficie cede al terreno.

§. 74. Con mucha mas razon me pertenece tambien la planta que otro haya puesto en mi terreno, con tal que haya echado raices.

§. 75. Del mismo modo me pertenece el trigo que otro haya sembrado en mi tierra.

§. 76. Pero si exigimos el fruto ó el edificio, y no queremos pagar los gastos de construccion ó los causados por la simiente y la siembra, se nos podrá oponer la escepcion de dolo, suponiendo que el poseedor lo haya sido de buena fé.

§. 77. Por la misma razon está admitido que lo escrito sobre mi papel ó mi pergamino, aunque la escritura sea de letras de oro, me pertenezca, porque la escritura cede al papel ó al pergamino. Mas si yo reclamo mis papeles y pergaminos sin querer pagar los gastos de la escritura, tambien se me podrá oponer la escepcion de dolo.

§. 78. Una regla contraria se sigue generalmente, cuando otro pinta en una tabla mia cualquier figura, pues la tabla, segun el parecer comun, cede á la pintura, sin que para tal diferencia se dé una razon idónea. Conforme á este principio es indisputable que si tú me reclamas como propiedad tuya el cuadro que yo poseo, y cuya tabla me pertenece, sin querer pagarme el precio de la tabla, podría rechazar tu demanda por la escepcion de dolo. Si por el contrario, tú posees el cuadro, es claro que yo propietario de la tabla tengo contra tí una accion útil, y en tal caso, si yo no quiero pagar el valor de la pintura, me puedes repeler con la escepcion de dolo. Y si mi tabla ha sido sustraida por tí ó por cualquier otro, puedo ejercer sin duda la accion de hurto.

§. 79. Tambien en otros casos se recurre al derecho natural. Y así, si tú has hecho vino con mis uvas, aceite con mis aceitunas y trigo de mis espigas, se pregunta: ¿á quién de los dos pertenecerá el vino, el aceite y el trigo? La misma cuestion se presenta en el caso de que tú hayas fabricado un vaso con oro ó plata que me pertenezca, ó con maderas mias una nave, un armario ó una silla: del mismo modo que si con mi lana has

uestimentum feceris, uel si ex uino et melle meo mulsum feceris, siue ex medicamentis meis emplastrum aut collyrium feceris: (*quaeritur*), an meum (*sit*). quidam materiam et substantiam spectandam esse putant, id est, ut cuius materia sit, illius et res, quae facta sit, uideatur esse; idque maxime placuit Sabino et Cassio. alii uero *eius rem* esse putant, qui fecerit; idque maxime diuersae scholae auctoribus uisum est: sed eum quoque, cuius materia *et* sub*sta*ntia fuerit, furti aduersus eum, qui subripuerit, habere actionem; nec minus aduersus eundem condictionem ei competere, qui*a* extinct*ae* res, licet uindicari non possi*n*t, condici tamen furibus et quibusdam aliis possessoribus possunt.

IIII. De pupillis, an aliquid a se alienare poss*i*nt. §. 80. Nunc admonendi sumus, neque feminam, neque pupillum sine tutore auctore rem mancipi alienare posse; nec mancipi uero feminam quidem posse, pupillum non posse. §. 81. Ideoque siquando mulier mutuam pecuniam alicui sine tutore auctore dederit, quia facit eam accipientis, cum scilicet *e*a pecunia res nec mancipi sit, contrahit obligationem. §. 82. At si pupillus idem fecerit, quia **pecuniam non facit accipientis**, null*am* cont*ra*hit obligationem. unde pupillus uindicare qu*id*em nummos suos potest, sicubi extent, id est, ************************************* ** **************** repetere potest ********** ***** *un*de de pupillo quidem quaeritur, an num*mos*, qu*os* mutuos dedit, ab eo, qui acc*e*pit ******** ******* se non ************ possit, quoniam *** ———————— ———————— ———————— ————————
§. 83. ********************** nec mancipi mulier*ibu*s et pupillis *sine* tutore auctore solui possunt, quoniam meliorem condicionem suam facere iis etiam sine tutore auctore concessum est. §. 84. Itaque si debitor pecuniam pupillo soluat, facit quidem pecuniam pupilli, sed ipse non liberatur, quia nullam obligationem pupillus sine tutore auctore dissoluere potest, quia nullius rei alienatio ei sine tutore auctore concessa est. set tamen si ex ea pecunia locupletior factus sit, et adhuc petat, per exceptionem doli mali summoueri potest. §. 85. Mulieri uero etiam sine tutore auctore recte solui potest: nam qui soluit, liberatur obligatione, quia res nec mancipi, ut proxume diximus, a se dimittere mulier et sine tutore auctore potest. quam-

§. 80. Conf. Commentar. I. §. 192. nec non huj. Commentar. §. §. 47 et 85. item. Vlpianus, Fragm. XI. §. 27. et §. 2. I. quib. alien. lic. Conf. Fragm. Vatic. §. §. 1. 259.

§. 82. Conf. cit. §. 2. I. quib. alien. lic.

§. 83. *nec—possunt.* Conf. cit. §. 2. I. quib. alien. lic. *quoniam* etc. Conf. pr. I. de auctorit. tutor.

§. 84. Conf. cit. §. 2. I. quib. alien. lic. et ad eam Theophilus; item Cicero, Topic. cap. 11.

§. 85. Conf. infra Commentar. III. §. 171. item Cicero, Topic. cit. ap. 11. *ut proxume diximus.* Vid. §. 80.

tejido un vestido, ó con mi vino y mi miel has hecho una mezcla (*mulsum*), ó con medicamentos mios has preparado un emplasto ó un colirio. Algunos autores creen que solo ha de atenderse á la materia y la sustancia, es decir, que de aquel cuya sea la materia, parece que debe ser lo que con ella se hiciere: tal es principalmente la opinion de Sabino y Casio. Otros al contrario creen que el objeto pertenece al que le ha dado su nueva forma; opinion que es sobre todo la de nuestros antagonistas, dado que ellos conceden la accion de hurto al propietario de la materia contra aquel que se la ha sustraido. Tambien le conceden la condicion, porque esta puede tener lugar contra los ladrones y otros poseedores aun por aquellas cosas ya destruidas, y que por lo mismo no nos es dado reclamar.

IV. Si los pupilos pueden enagenar. §. 80. La mujer y el pupilo no pueden vender las cosas *mancipi* sin autorizacion del tutor: en cuanto á las no *mancipi* es lícito á las mujeres enagenarlas, pero de ninguna manera los pupilos.

§. 81. Por consiguiente si una mujer presta dinero sin autorizacion de su tutor, queda sin embargo obligada, mediante á que siendo el dinero cosa no *mancipi*, adquiere su propiedad el que lo recibe.

§. 82. Pero si es un pupilo el que hace el préstamo, como quiera que no transfiere la propiedad del dinero, no contrae obligacion, y puede por lo mismo reivindicar su dinero donde quiera que lo halle, es decir. . . . . puede repetir. . . . . por lo cual se cuestiona si el dinero que prestó el pupilo. . . . .

§. 83. Las mujeres y los pupilos reciben válidamente *tanto las cosas mancipi como* las no *mancipi*, porque para hacer mejor su condicion, no necesitan de que el tutor los autorice.

§. 84. Así es que si el deudor paga al pupilo, este adquiere el dinero, pero no por eso se libra aquel de la deuda; pues el pupilo no puede disolver ninguna obligacion, sin que medie la autorizacion del tutor, porque sin ella no puede enagenar cosa alguna. Pero si habiéndose hecho mas rico con este dinero, el pupilo siguiere reclamando la misma suma, puede ser contestado con la escepcion de dolo.

§. 85. Por el contrario, á una mujer se le puede pagar válidamente sin autorizacion del tutor, quedando el deudor libre de la obligacion, mediante á que como hemos dicho arriba, la mujer puede enagenar las cosas *no mancipi* sin autorizacion

quam hoc ita est si accipiat pecuniam: at si non accipiat, sed *(acceptam)* habere se dicat, et per acceptilationem uelit debitorem sine tutore auctore liberare, non potest.

§. 86. Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos, quos in potestate, manu, mancipioue habemus. item per eos seruos, in quibus usumfructum habemus. item per homines liberos et seruos alienos, quos bona fide possidemus. de quibus singulis diligenter dispiciamus. §. 87. Igitur *(quod)* liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod serui *(nostr)*i mancipio accipiunt, uel ex traditione nanciscuntur, siue quid stipulentur, uel ex al*ia* qualibet causa adquirant, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest. et ideo si heres institutus sit, nisi nostro iussu, hereditatem adire non potest; et si iubentibus nobis adierit, hereditatem nobis adquirit, proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus. et conuenienter scilicet legatum per eos nobis adquiritur. §. 88. Dum tamen sciamus, si alterius in bonis sit seruus, alterius ex iure Quiritium, ex omnibus causis ei soli p*er* eum adquiri, cuius in bon*is* est. §. 89. Non solum autem proprietas per eos, quos in potestate habemus, adquiritur nobis, sed etiam possessio. cuius enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere uidemur. unde etiam per eos usucapio procedit. §. 90. Per eas uero personas, quas in manu mancipioue habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos, qui in potestate nostra sunt: an autem possessio adquiratur quaeri solet, quia ipsa*s* non possidemus. §. 91. De his autem seruis, in quibus tantum usumfrutum habemus, ita placuit, ut quidquid ex re nostra, uel excoperis suis adquirant, id nobis adquiratur; quod uero extra eas causas *(persecuti sint)*, id ad dominum proprietatis pertineat. itaque si iste seruus heres institutus sit, legatumue quod ei datum fuerit, non mihi, sed domino proprietatis adquiritur. §. 92. Idem placet de eo, qui a nobis bona fide possidetur, siue liber sit, siue alienus seruus. quod enim placuit de usufructuario, idem probatur etiam de bonae fidei possessore, itaque

§. 86. L. 10. pr. de acquir. rer. domin. inscripta: Gajus Libro II. Institutionum. pr. I. per quas person. nob. acquir. Conf. Vlpianus, Fragm. XIX. §. 18. Epitome, II, 1, §. 7.

§. 87. Conf. Vlpianus, Fragm. XIX. §. §. 18. 19. Epitome, II, 1, cit. §. 7. *Igitur quod liberi* etc. Conf. §. 1. I. per quas person. nob. acquir. *item quod serui* etc. cit. L. 10. de a. r. d. §. 1. §. 3. I. p. q. p. n. a. *ipse enim—potest.* Conf. infra §. 96.

§. 88. Conf. Vlpianus, Fragm. XIX, §. 20. item supra Commentar. I. §. 54. et infra Commentar. III. §. 166.

§. 89. cit. L. 10. de a. r. d. §. 2. cit. §. 3. I. p. q. p. n. a.

§. 91. cit. L. 10 de a. r. d. §. 3. §. 4. I. p. q. p. n. a. Conf. Epitome, II, 1, cit. §. 7. Vlpianus, Fragm. XIX, § 21. item infra Commentar. III. §. 165.

§. 92. cit. L. 10. de a. r. d. §. 4. cit. §. 4. I. p. q. p. n. a. Conf. Vlpianus, Fragm. XIX, cit. §. 21. item infra Commentar. III. §. 164.

del tutor. Tal sucede cuando ella recibe el dinero; pero si, no recibiéndolo, dice que lo ha recibido queriendo librar al deudor por *acceptilacion,* no puede hacerlo sin que para ello interponga el tutor su autoridad.

§. 86. No solamente adquirimos por nosotros mismos, sino tambien por las personas que tenemos bajo nuestra potestad, *poder* ó *mancipio*, así como por los esclavos cuyo usufructo nos pertenece, y tambien por los hombres libres y por los esclavos de otro que poseyéremos de buena fé. Examinemos cuidadosamente cada una de estas adquisiciones en particular.

§. 87. Todo aquello que los hijos sometidos á nuestra potestad ó nuestros esclavos reciban en mancipio ó adquieran por tradicion, bien sea que provenga de estipulacion ó de cualquiera otra causa, se hace nuestro, pues el individuo sometido á nuestra potestad nada puede tener que sea suyo. Y por consiguiente si ha sido instituido heredero, no puede adir la herencia sin nuestro mandato; y si precediendo este, la adiese, para nosotros es la adquisicion cual si nosotros mismos hubiésemos sido instituidos herederos. De la misma manera podemos adquirir por medio de ellos un legado.

§. 88. Es de notar, sin embargo, que si un esclavo pertenece á una persona por dominio bonitario y á otra por el quiritario, de cualquier modo que adquiera, lo hace siempre para aquella á quien pertenezca por dominio bonitario.

§. 89. Y no solamente podemos adquirir la propiedad por los individuos sometidos á nuestra potestad, sino tambien la posesion, pues cualquiera cosa que ellos posean, siempre se considera poseida por nosotros: así es que podemos usucapir por medio de ellos.

§. 90. Ciertamente adquirimos tambien la propiedad de las cosas por aquellas personas que tenemos en *mancipio* ó en nuestro poder, de la misma manera que por las que están sometidas á nuestra potestad; pero se duda si podremos adquirir por los primeros la posesion de las cosas, toda vez que nosotros no los poseemos á ellos.

§. 91. En cuanto á los esclavos que solo tenemos en usufructo, se ha decidido que los frutos de su trabajo y los que saquen de la cosa que nos pertenece, sean para nosotros; pero lo que adquieran de cualquiera otra manera, corresponde al propietario de estos esclavos.

§. 92. Lo mismo se ha dispuesto para el caso en que poseamos de buena fé un hombre libre ó un esclavo de otro; porque aquello que se decide para el usufructuario, se decide igualmente para el poseedor de buena fé; y de consiguiente todo lo que

quod extra duas istas causas adquiritur, id uel ad ipsum pertinet si liber est, uel ad dominum si seruus *est*. §. 93. Sed si bonae fidei p**ossessor usuceperit seru*um*, quia eo modo dominus fit, **ex o**mni causa per eum sibi adquirere potest. Vsufructuarius uero usucapere non potest: primum quia non possidet, set habet ius utendi et fruendi; deinde quia scit, alienum seruum e*sse*. §. 94. De illo quaeritur, an per eum seruum, in quo usumfructum habemus, possidere aliqu*am* rem et usucapere poss*i*mus, quia ipsum non possidemus. Per eum uero, quem bona fide possidemus, sine dubio et pos*s*idere et usucapere possumus. Loquimur autem in utriusque person*a* secundum d*i*st*i*nctionem, quam proxume exposuimus; id est, si quid ex re nostra uel ex operis suis adquirant, id nobis adquiritur. §. 95. Ex his apparet, per liberos homines, quos neque iuri nostro subiectos habemus, neque bona fide possidemus, item per alienos seruos, in quibus neque usumfructum habemus, neque iustam possessionem, nulla ex causa nobis adquiri p**osse. et hoc est, quod dici**tur, per extraneam personam nihil adquiri **posse** ***** ***************** quaeritur, anne ************ *no*bis adquiratur. §. 96. In summa sciendum **est** *h*is, **qui in** potestate, manu, mancipioue sunt, nihil in iure cedi posse. cum enim *i*starum personarum nihil suum esse possit, conueniens est scilicet, ut nihil *omni*no in iure uindicare possint.

---

§. 97. (*Hactenus*) tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulae res nobis adquirantur. nam legatorum ius, quo et ipso singula*s* res adquirimus, opportunius alio loco referemus. Videamus ita-que nunc, quibus modis per uniuersitatem res nobis adquirantur. §. 98. Si cui heredes facti sumus, siue cuius bonorum possessionem petierimus, siue cuius bona emerimus, siue quem adrogauerimus, siue qu*a*m in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt.

§. 93. cit. L. 10. de a. r. d. §. 5. cit. §. 4. I. p. q. p. n. a.
§. 94. *Loquimur*, etc. cit. §. 4. I. p. q. p. n. a. conferenda ad priorem quoque huj. §. partem.
§. 95. *Ex his— — —nihil adquiri posse.* §. 5. I p. q. p. n. a. conferenda et in reliqua huj. artic. parte.
§. 96. *cum enim — suum esse possit.* Conf. supra §. 87.
§. 97. §. 6. I. per quas person. nob. acquir.
§. 98. cit. §. 6. I. p. q. p. n. a. Conf. Epitome, II, 2, pr.

se adquiera por otro medio que los dos arriba mencionados, si el que adquiere es libre, lo adquiere para sí propio, y si esclavo para el dueño á quien pertenezca.

§. 93. Pero si el poseedor de buena fé llegase á usucapir el esclavo, todo lo que este adquiera por cualquier título, puede aquel hacerlo suyo, pues que mediante la usucapion tiene ya dominio en el esclavo. Pero el usufructuario no puede jamás usucapir, primero: porque no posee, sino tiene solamente el derecho de usar y gozar; segundo: porque sabe que el esclavo pertenece á otro.

§. 94. Como no poseemos el esclavo que solo nos pertenece en usufructo, de ahí el que se dispute sobre si podemos ó no poseer y usucapir por medio de este esclavo. Pero respecto de aquel que de buena fé poseyéremos, no cabe duda en que podemos poseer y usucapir por su medio. Sin embargo hablamos en ambos casos en el sentido de la distincion establecido anteriormente, es decir, que solo adquirimos por medio del esclavo aquello que proceda de su trabajo ó de cosas que nos pertenezcan.

§. 95. De estos antecedentes se deduce que de ningun modo nos es dado adquirir cosa alguna por personas que no dependieren de nosotros ó que no poseyéremos de buena fé, ni por esclavos agenos en quienes no tuviéremos el usufructo ni la posesion legítima: y hé aquí el sentido en que se dice que nada podemos adquirir por persona estraña. . . . .

§. 96. Ultimamente debe saberse que nada se puede ceder judicialmente á las personas sometidas á la potestad, al poder ó al mancipio; pues de que estas personas nada puedan tener en propiedad, se sigue justamente que nada puedan reivindicar legalmente.

TITULO II.

De la adquisicion de las cosas por universalidad.

§. 97. Basta haber indicado sumariamente hasta aquí cómo se adquiere cada cosa en particular: en cuanto al derecho que rige en materia de legados, por los cuales tambien adquirimos las cosas en particular, ya hablaremos de él en lugar mas conveniente. Veamos ahora cómo se adquieren las cosas por universalidad.

§. 98. Cuando llegamos á ser herederos, pedimos la posesion de bienes, compramos los de otra persona, adrogamos á alguno ó una mujer, por ejemplo, nuestra esposa, queda sometida á nuestro poder, nos son transmitidos los bienes del difunto, del vendedor, del adrogado y de la mujer.

§. 99. Ac prius de heredita*t*ibus dispiciamus, quarum duplex condicio est: nam vel ex testamento, uel ab intestato ad nos pertinent.

§. 100. Et prius est, ut de his dispiciamus, quae nobis ex testamento obueniunt.

§. 101. Testamentorum autem genera initio duo fuerunt. nam aut calatis comitiis faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est, cum belli causa ad pug*n*am ibant; procinctus est enim expeditus et armatus exercitus. alterum itaque in pace et in otio faciebant, alterum in proelium exituri. §. 102. Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur. qui neque calitis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urguebatur, amico familiam suam, id est, patrimonium suum mancipio dabat, eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dar*i* uellet. quod testamentum dicitur per aes et libram; scilicet quia per mancipationem peragitur. §. 103. Sed ill*a* quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc uero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc al*i*ter ordinatur, atque olim solebat. namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, qui cuique post mortem suam dari uellet. nunc uero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legat*a* relinquuntur, alius dicis gratia propter ueteris iuris *i*mitationem familiae emptor adhibetur. §. 104. Eaq*ue* res ita agitur. qui facit, adhibitis, sicut in ceteris *m*ancipationibus, v testibus ciuibus Romanis pu*ber*ibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripse*rit*, *m*ancipat alicui dicis

§. 99. cit. §. 6. I. p. q. p. n. a.

§. 100. cit. §. 6. I. p. q. p. n. a.

§. 101. Conf. §. 1. I. de testam. ordin. Gellius, Lib. XV, cap. 27. Vlpianus, Fragm. XX, §. 2. *quae comitia — erant.* Conf. Theophilus, II, 10, §. 1. *in procinctu* etc. Conf. Theophilus, loc. cit. Plutarchus, in Coriolano, cap. 9 (pag. 217). Festus, sub vocib. Endoprocinctu et Procincta. Servius Danielis, ad Aeneid. Lib. VII, vers. 612. Cicero, de Natur. deor. Lib. II, cap. 3. De testamentis in procinctu factis conferendus est locus Sabinii a Majo ante aliquot annos vulgatus. Vid. Virgilii Maronis interpres, edente Angelo Majo. Mediol. 1818. pag. 67, 68. item Pernice, Geschicte, Allerthümer u. Institutionen des Romischen Rechts. Zweite Aufl. Halle. 1824. pag. 376 note 150. Conf. Bluhmii. Iter Italicum. T. I. pag. 263.

§. 102. Conf. cit. §. 1. I. de test. ord. Gellius, Lib. XV, cit. cap. 27. Vlpianus, Fragm. XX, cit. §. 2. *qui neque — — — dari uellet.* Conf. Theophilus, II, 10, cit. §. I.

§. 103. *Sed — — — retentum est.* Conf. cit. §. 1. I. de test. ord. Vlpianus, Fragm. XX, cit. §. 2. *sane nunc aliter* etc. Conf. Theophilus, II, 10, cit. §. 1.

§. 104. *Eaque — — — familiam suam.* Conf. cit. §. 1. I. de test. ord. Vlpianus, Fragm. XX, §. §. 2. 9. *sicut in ceteris mancipationibus.* Conf. supra Commentar. I, §. 119. *in qua re — — — uelut pretii loco.* Conf. Theophilus, II, 10. cit. §. 1. *deinde testator — — — nuncupatio.* Conf. Vlpianus, Fragm. XX, cit. §. 9.

TITULO III.

De las herencias.

§. 99. Ocupémonos primeramente de las herencias, las cuales son de dos especies: ó por testamento ó *abintestato*.

§. 100. Y en primer lugar examinemos las que nos vienen por testamento.

TITULO IV.

De cómo se hacen los testamentos y de las personas que pueden hacerlos.

§. 101. En un principio solo hubo dos especies de testamento, porque ó se hacia en los comicios calados (*calatis comitiis*), los cuales en dos épocas del año estaban destinados á la celebracion de los testamentos; ó se hacia *in procinctu*, es decir, al punto de marchar los soldados al combate en caso de guerra, pues se llama *procinctus* á un ejército ya provisto de armas y pronto á partir. De manera que el uno se hacia en la calma de la paz, y el otro en el acto de salir á campaña.

§. 102. Vino en seguida una tercera especie de testamento que se practicaba *per æs et libram* (testamento por la moneda y la balanza). Aquel que no habia hecho testamento en los comicios calados ni *in procinctu*, y se encontraba amenazado de una muerte pronta, daba en *mancipio* á un amigo suyo su familia, es decir, su patrimonio, encargándole la reparticion de sus bienes en la forma que determinaba. Este testamento se llamaba *per æs et libram*, porque se hacia por medio de una mancipacion.

§. 103. Las dos primeras especies de testamento han caido en desuso, y solo se ha conservado el testamento *per æs et libram*, pero se ha reformado la manera de practicarlo. Antiguamente el comprador de la familia, es decir, el que recibia en *mancipio* la familia del testador, obtenia el lugar de un verdadero heredero, y el testador le señalaba la parte de herencia que debia dar á cada uno despues de su muerte. Ahora por el contrario se instituye por testamento otro heredero encargado tambien de la distribucion de los legados, y solo se hace uso por mera fórmula de un comprador de la familia para imitar el derecho antiguo.

§. 104. Lo cual se practica de este modo: el testador, despues de escritas las tablas del testamento y hallándose presentes, como en las demas mancipaciones, cinco testigos todos ciudadanos romanos púberes y un libripende, celebra la venta (*mancipat*) de su familia por mera formalidad jurídica, en cuyo acto

gratia familiam suam. in *qu*a re his uerbis familiae emptor utitur: FAMILIAM PECVNIAMQVE TVAM ENDO MANDATAM TVTELAM CVSTODELAMQVE MEAM (RECIPIO, EAQVE), QVO TV IVRE TESTAMENTVM FACERE POSSIS SECVNDVM LEGEM PVBLICAM, HOC AERE, et ut quidam adiiciunt AENEAQVE LIBRA, ESTO MIHI EMPTA. deinde aere percutit libram, idque aes dat testatori, uelut pretii loco. deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: HAEC ITA, VT IN HIS TABVLIS CERISQVE SCRIPTA SVNT, ITA DO, ITA LEGO, ITA TESTOR, ITAQVE VOS, QVIRITES, TESTIMONIVM MIHI PERHIBETOTE. et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare; et sane, quae testator specialiter in tabulis testamenti scri*p*serit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare. §. 105. In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris, aut ipsius testatoris, quia propter ueteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur test*amenti* or*di*nandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem: quippe olim, ut proxime diximus, is, qui familiam testatoris mancipio accipiebat, loco heredis erat. itaque reprobatum est in ea re domesticum testimonium. §. 106. Vnde et si is, qui in potestate patris est, familiae emptor adhibitus sit, pater eius testis esse non potest. at ne is quidem, qui in eadem potestate est, uelut frater eius. Sed si filiusfamilias ex castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur, nec is, qui in potestate patris *es*t. §. 107. De libripende eadem, quae et de testibus, dicta esse intellegemus: nam et is testium numero est. §. 108. Is uero, qui in potestate heredis, aut in (*potestate*) legatarii est, cuiusue heres ipse aut legatarius in potestate est, quique in eiusdem potestate est, ab eo, (*qui testamentum facit*), testis et libripens adhiberi potest; ut ipse quoque heres *e*t legatarius iure adhibeantur. sed tamen, quod ad heredem pertinet, quique in eius potestate est, cuiusue is in potestate erit, minime hoc i*u*re uti debemus.

De testamentis mili*tu*m. §. 109. Set haec diligens obseruatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam *consti*tutionibus Principum remissa est. nam quamuis neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque uendiderint familiam, neque nuncupauerint testamentum, recte nihilomi-

§. 105. Conf. Vlpianus, Fragm. XX, §. 3. §. §. 9. 10. I. de test. ord.
§. 106. *Vnde* — — — *frater eius*. Conf. Vlpianus, Fragm. XX, §. §. 4. 5. *Sed si filius-familias* etc. §. 9. I. de test. ord. Conf. Vlpianus, L. 20. §. 2. qui testam. fac. poss.
§. 107. Conf. Vlpianus, Fragm. XX. cit. §. 3.
§. 108. Conf. §. §. 10. 11. I. de test. ord. item Cicero, pro Milone. cap. 18. Vlpianus, L. 20. pr. qui testam. fac. poss.
§. 109. pr. I. de militar. testam. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIII, §. 10.

pronuncia el comprador las siguientes palabras: YO ME ENCARGO Y TOMO BAJO MI TUTELA Y SALVAGUARDIA TU FAMILIA Y TU DINERO, Y A FIN DE QUE POR ESTE MEDIO PUEDAS HACER TESTAMENTO CONFORME A LAS LEYES, SEA COMPRADA PARA MI POR ESTA MONEDA, á lo cual añaden algunos Y POR LA BALANZA DE METAL; toca en seguida la balanza con la moneda, y la dá al testador como precio de su patrimonio. Entonces el testador dice, teniendo en la mano las tablas que contienen el testamento: YO DOY, LEGO, TESTO, TAL COMO ESTA ESCRITO EN ESTAS TABLAS Y EN ESTA CERA; Y POR LO TANTO, ROMANOS, DADME TESTIMONIO DE ELLO. Esto es lo que se llama nuncupacion, porque nuncupar significa nombrar abiertamente, y en realidad el testador no hace otra cosa que designar y confirmar de una manera general las disposiciones especiales que ya ha trazado en las tablas.

§. 105. No puede, empero, servir de testigo el individuo sujeto á la potestad del comprador ni aun del testador, pues para imitar en un todo el derecho antiguo en las formalidades que se practican para hacer testamento, no se consideran como partes mas que al testador y al comprador de la familia: otras veces en efecto, como ya lo hemos dicho, el comprador tomaba el lugar de heredero, y por eso no se admite el testigo doméstico.

§. 106. Por lo cual si se escoje para comprador de la familia una persona sometida á la patria potestad, no podrá servir su padre de testigo ni aun ningun otro de los que éste tuviere bajo su potestad, como un hermano del comprador por ejemplo. Del mismo modo cuando un hijo de familia dispone por testamento de su peculio castrense, despues de licenciado del servicio militar ni su padre ni persona alguna sometida á su potestad pueden servir de testigos en semejante testamento.

§. 107. Estas disposiciones comprenden asimismo al libripende, pues se le considera tambien como testigo.

§. 108. Por el contrario, puede el testador emplear válidamente como testigo ó como libripende á un individuo sometido á la potestad del heredero ó del legatario, ó al que dependa de la misma potestad que ellos, ó en fin, al que los tenga bajo su potestad. Hay mas: el testador puede emplear tambien válidamente como testigos hasta á su propio heredero ó legatario. Sin embargo, no debemos usar de esta facultad por lo que respecta al heredero y al que está sometido á su potestad, ó bajo cuya potestad él se encontrare.

De los testamentos militares. §. 109. La estricta observancia de estas prolijas formalidades en la formacion de los testamentos ha sido dispensada á los militares por las constituciones de los emperadores á causa de su grande ignorancia. En efecto, el testamento que ellos hagan siempre es válido, aunque no citen el número de testigos fijado por la ley, ni vendan el patrimonio, ni hagan la nuncupacion.

nus testantur. §. 110. Praeterea permissum est iis, et peregrinos et Latinos instituere heredes, uel iis legare; cum alioquin peregrini quidem ratione ciuili prohibeantur capere hereditatem legataque, Latini uero per legem Iuniam. §. 111. Caelibes quoque, qui lege Iulia hereditatem legataque capere uetantur: item orbi, id est, qui liberos non habent, quos lex ***************** prohibet ************** ——— ——— ——— ——— ************************************. §. 112. *tes*tamentum facer*e* *************************** *********** scilicet ut quae tutela liberatae non essent, ita testari debe*re*nt. §. 113. Videntur ergo melioris condicionis esse feminae, quam masculi: nan masculus minor annorum XIIII testamentum facere non potest etiamsi tutore auctore testamentum facere uelit; uero post XII. ann*um* testamenti faciundi ius nanci*s*citur.

——— ——— ——— ———

§. 114. Igitur si quaeramus, an ualeat testamentum inprimis aduertere debemus, an is, qui id fecerit, habuerit testamentifactionem: deinde si habuerit, requiremus, an secundum iuris ciuilis regulam *te*status sit; exceptis militibus, qui*bus* propter nimiam *inpe*ritiam, ut diximus, quomodo uelint, uel quomodo *pos*sint, permittitur testamentum facere.

§. 115. Non tamen, ut iure ciuili *uale*at testamentum, sufficit ea obseruatio, quam supra expo*su*imus de familiae uenditione et de testibus et de nuncupationibus.

§. 116. Ante omnia requirendum est, an institutio heredis sollemni more facta sit: nam aliter facta institutione nihil proficit, familiam testatoris ita uenire, testesque ita adhiber*i*, *itaque* nuncupar*i* testamentum, ut supra diximus. §. 117. Sollemnis autem institutio haec est: TITIVS HERES ESTO. sed et illa iam comprobata uidetur: TITIVM HEREDEM ESSE IVBEO. at illa non est comprobata: TITIVM HEREDEM ESSE VOLO. set et illae a plerisque inprobatae sun*t*: HEREDEM INSTITVO, item HEREDEM FACIO.

§. 118. Obseruandum praeterea est, ut si mulier, quae in

§. 110. *cum alioquin peregrini — — legataque.* Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 2. *Latini uero* etc. Conf. supra Commentar. I. §. §. 23. 24. et infra huj. Commentar. §. 275.

§. 111. Conf. infra §. §. 286. 144.

§. 112. Conf. infra §. 118.

§. 113. *nan masculus — — uelit.* Conf. Epitome, II, 2, §. 2. §. 1. I. quib. non est. permiss. fac. testam. Vlpianus, Fragm. XX, §. 12. *femina uero* etc. Conf. Vlpianus, Fragm. XX, §. 15.

§. 114. *Igitur — — — testatus sit.* L. 4. qui testam. fac. poss. inscripta: Gajus Libro II. Institutionum. *ut diximus.* Conf. §. 109. *quomodo uelint, uel quomodo possint.* Conf. Vlpianus, Fragm. XXIII, §. 10.

§. 115. *Non — — exposuimus.* pr. I. de exheredat. liber. *supra.* Vid. §. 104. sq.

§. 116. *ut supra diximus.* Vid. §. 104. sq.

§. 117. Conf. Vlpianus, Fragm. 21.

§. 118. Conf. supra Commentar. I. §. 192. et huj. Commentar. §. §. 112, et 113. infra Commentar. III. §. 43. item Vlpianus, Fragm. XX, §. 15, Boethius, Commentar. in Topic. Cicer. Lib. II. (ad cap. 4.)

§. 110. Por otra parte les ha sido permitido instituir herederos ó legatarios á los extranjeros y á los Latinos, en tanto que el derecho civil veda á los primeros y la ley Junia á los últimos la facultad de ser herederos ó legatarios.

§. 111. Tambien los célibes que no pueden percibir herencias ni legados segun la misma ley Julia, y los *orbi*, es decir, aquellos que no tienen hijos, á quienes la ley. . . . . prohibe. . . . .

(*Hic pagina integra desideratur.*)

§. 112. . . . . hacer testamento. . . . . á saber: que deberían testar de este modo las que estuviesen todavía bajo tutela.

§. 113. Así es que la condicion de las hembras parece mejor que la de los varones: en efecto, el varon menor de catorce años no puede testar ni aun con la autorizacion de su tutor, mientras que por el contrario las hembras, luego que han cumplido los doce, gozan del derecho de testamentifaccion.

§. 114. Para saber si un testamento es válido, es preciso ver desde luego si el testador tenia la facultad de testar, y suponiendo que la tenia, examinar si ha testado en la forma prescrita por el derecho civil. Se esceptuan, sin embargo, los militares á quienes, como ya hemos dicho, se les ha permitido á causa de su estrema ignorancia testar de la manera que puedan ó quieran hacerlo.

§. 115. Pero no basta para que un testamento sea válido por derecho civil, que se hayan observado en él todas las formalidades espuestas anteriormente sobre la venta del patrimonio, los testigos y la nuncupacion.

§. 116. Antes de todo conviene examinar si la institucion de heredero se ha hecho con las solemnidades de costumbre, porque á haberse practicado de otra manera, poco importa que esten cumplidas las formalidades referidas anteriormente acerca de la venta del patrimonio, los testigos y la nuncupacion.

§. 117. La institucion solemne se hace en esta forma: QUE SEA TICIO MI HEREDERO. Parece, sin embargo, que está tambien admitida esta otra: ORDENO QUE TICIO SEA MI HEREDERO. Pero no así la siguiente: QUIERO QUE TICIO SEA MI HEREDERO; ni estas otras generalmente desechadas: INSTITUYO HEREDERO Ó HAGO HEREDERO.

§. 118. Es preciso además observar que si la mujer que está

tutela sit, faciat testamentum, (*auctoribus iis*, *quos*) tutores habet, facere debeat: alioquin inutiliter iure ciuili testabitur. §. 119. Praetor tamen, si septem signis testium signatum sit testamentum, scriptis heredibus secundum tabulas testamenti *hereditatem* pollicetur: (*et*) si nemo sit, ad quem ab intestato iure legitimo pertineat hereditas, uelut frater eodem patre natus, aut patruus, aut fratris filius, ita poterunt scripti heredes retinere hereditatem. nam idem iuris est et si alia ex *causa* testamentum non ualeat, uelut quod familia non uenierit, aut nuncupationis uerba testator locutus non sit. §. 120. Sed uideamus, an etiamsi frater aut patruus extent, potiores scriptis heredibus habeantur. rescripto enim Imperatoris Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse aduersus eos, qui ab intestato uindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali. §. 121. Quod sane quidem ad masculorum testamenta pertinere certum est; item ad feminarum, quae ideo *n*on utiliter testat*ae* sunt, quod uerbi gratia familiam non uendiderint, aut nuncupationis uerba locutae non sint: an autem et ad ea testamenta feminarunt, quae sine tutoris auctoritate fecerint, haec constitutio pertineat, uidebimus. §. 122. Loquimur autem de his scilicet feminis, quae non in legitima parentium aut patronorum tutela sunt, sed de his, quae alterius generis tutores habent, qui etiam inuiti coguntur auctores fieri. alioquin parentem et patronum, sine auctoritate eius facto testamento, non summoueri palam est.

§. 123. Item, qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat, uel nominatim exheredet: alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur. adeo quidem, ut nostri praeceptores existiment, etiamsi uiuo patre filius defunctus sit, neminem heredem ex eo testamento existere posse, scilicet quia statim ab initio non constiterit institutio. sed diuersae scholae auctores siquidem fili*us* mortis patris tempore uiuat, sane impedimento eum esse scriptis heredibus, et illum ab intestato heredem fieri confitentur: si uero ante mortem patris interceptus sit, posse ex testamento here*ditat*em adiri putant, nullo iam filio impedimento; quia scilicet existimant,

§. 119. Conf. infra §. 147. sq. item Cicero, Topic. cap. 4. ibique Boethius. *nam idem iuris est* etc. Conf. Vlpianus, Fragm. XXVIII, §. 6, §. 2. I. de test. ord.

§. 120. Conf. Paulus, Collat. Tit. XVI, §. 3. init.

§. 122. Conf. supra Commentar. I. §. §. 190. et 192.

§. 123. *Item* — — — *constiterit institutio*. pr. I. de exheredat. liber. Conf. Epitome, II, 3. pr. et §. 1. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 16.

en tutela hace testamento, necesita de la autorizacion de sus tutores, en razon á que sin ella su testamento será por derecho civil nulo.

§. 119. Sin embargo, si el testamento está firmado por siete testigos, el pretor ofrece la herencia á los herederos inscriptos en las tablas del testamento; y si no se presenta ningun heredero legítimo, tal como un hermano nacido del mismo padre, un tio paterno ó el hijo de un hermano, los herederos inscriptos podrán conservar la herencia. Lo mismo sucede si el testamento no es válido por cualquiera otra causa, v. gr., porque no se haya hecho la venta de la familia, ó el testador no haya pronunciado las palabras de la nuncupacion.

§. 120. Veamos ahora si aun en el caso de existir un hermano ó un tio paterno, deben ser preferidos á los herederos inscriptos, siendo así que, segun un rescripto del emperador Antonino, todos aquellos que han pedido la posesion de los bienes en virtud de un testamento hecho sin las formalidades legales, pueden rechazar por escepcion de dolo la demanda de los herederos legítimos.

§. 121. No hay duda en que esta disposicion se aplica á los testamentos hechos por hombres, y aun deberá aplicarse á las mujeres que hayan testado inútilmente por faltar la venta de la familia ó las solemnes palabras de la nuncupacion; pero ya veremos si tal disposicion debe comprender igualmente los testamentos de las mujeres hechos sin autorizacion del tutor.

§. 122. Hablamos aquí no de las mujeres que están sometidas á la tutela legítima de sus ascendientes ó patronos, sino de aquellas que están bajo otra especie de tutela, y cuyos tutores pueden ser obligados aun contra su voluntad á prestar su autorizacion, pues en otro caso claro es que ni el ascendiente ni el patrono pueden ser escluidos de la sucesion por un testamento que ellos no hayan autorizado.

TITULO V.

De la desheredacion de los descendientes.

§. 123. Aquel que tiene un hijo bajo su potestad, debe instituirlo heredero ó desheredarlo nominalmente; porque si lo pasase en silencio, sería el testamento tan inútil, que, segun la opinion de nuestros maestros, nadie podria por él llegar á ser heredero, aunque el hijo muriese en vida del padre, pues la institucion sería nula desde su orígen. Sin embargo, los autores de la escuela contraria, si bien reconocen que si el hijo sobrevive al padre lo hereda abintestato é impide que adquieran la sucesion los herederos inscriptos, sostienen que si la muerte del hijo acontece antes que la del padre, pueden adir la herencia los herederos testamentarios sin ningun impedimento, en razon á que, segun

(*non*) statim ab initio inutiliter fieri testamentum filio praeterito. §. 124. Ceteras uero liberorum personas si praeterierit testator, ualet testamentum. praeteritate istae personae scriptis heredibus in partem ad*crescunt: si sui instituti sint, in uirilem*; si extranei in dimidiam. id est, si quis tres uerbi gratia filios heredes instituerit, et filiam praeterierit, filia adcrescendo pro quarta parte fit heres ********* ———— ———— ———— ———— habitura esset. at si extraneos ille heredes instituerit, et filiam praeterierit, filia adcrescendo ex dimidia parte fit heres. quae de filia diximus, eadem *et* de *nepote deque* omnibus liberorum personis, si*ue* masculini, *siue* feminini sexus, dicta intellegemus. §. 125. Quid ergo est? licet ** secundum *e*a*, *quae** diximus, scriptis heredibus dimidiam partem ta*ntum* detrahant, tamen Praetor eis contra tabulas bonorum possessionem promittit: qua ratione extranei heredes a tota hereditate repelluntur **************************** bonorum possessio *********************** etiam masculus interesset. §. 126. Set nuper Imperator Antoninus significauit rescripto suo, non plus nanci*s*ci feminas per bonorum possessionem, quam quod iure adcrescendi consequerentur. quod in emancipatis **feminis similiter optinet, scilicet ut quod** adcrescendi iure habiturae essent *s*i su*ae* fuissent, id ipsum etiam per bonorum possessionem habeant. §. 127. Sed si qui*dem* filius a patre exheredetur, nominatim ************************ potest exheredari. nominatim autem exheredari uidetur, siue ita exheredetur: *TITIVS FILIVS MEVS EXHERES ESTO, *siue ita*: FILIVS MEVS* EXHERES ESTO, non adiecto proprio nomine. §. 128. **Masculorum cete**rorum personae, uel feminini sexus **************** ———— ———— ———— ———— ************** ********************** *institutionem* heredum adiici sole*nt*. sed *** *********. §. 129. Nam praetor omnes uirilis sexus tam **filios, quam ceteros**, id est nepotes quoque et pro*nepotes* ********* ———— ———— ———— ———— §. 130. Postumi quoque liberi *ue*l heredes institui debent, uel** exheredari. §. 131. Et **in eo par omnium condicio est, quod et filio postumo et quolibet ex ceteris liberis, siue feminini sexus, siue masculini, praeterito, ualet quidem testamentum, sed*

§. 124. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 17. Epitome, II, 3, cit. §. 1. cit. pr. I. de exheredat. liberor. ibique Theophilus. Lex Rom. Burgund. Tit. LXV. (Schult. XLIV.) Paulus, Sent. recep. III, 4. b., §. 8.

§. 126. Conf. L. 4. C. de liber. praeterit. (Iustinian.) Theophilus, II, 13, §. 3.

§. 127. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 20. *nominatim autem* etc. cit. pr. I. de exheredat. liber.

§. 128. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, cit. §. 20. cit. pr. I. de exheredat. liber.

§. 129. Conf. infra §. 135.

§. §. 130—132. §. 1. I. de exheredat. liber. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. §. 18. 21. 22. Epitome, II, 3, §. 2.

ellos, la pretericion del hijo no invalida el testamento desde su orígen.

§. 124. Por el contrario, si el testador hubiese preterido á sus otros descendientes, es válido el testamento, y en este caso las personas preteridas tienen derecho á una porcion determinada de la herencia, conviene á saber: á una parte igual á la de los demás herederos instituidos, si estos son herederos *suyos*, y á la mitad de la herencia si son estraños: así por ejemplo, si uno instituye herederos á sus tres hijos y pasa en silencio á su hija, esta adquiere por el derecho de acrecer la cuarta parte de la herencia.....; pero si el testador ha instituido herederos estraños, la hija preterida tiene derecho á la mitad. Estas disposiciones relativas á la hija se aplican tambien al nieto y demas descendientes así varones como hembras.

§. 125.... aunque como acabamos de decir (*los descendientes preteridos*) solo privan á los herederos estraños de la mitad de la herencia por el derecho que tienen de acrecer, el pretor sin embargo les ofrece la posesion de los bienes *contra tabulas* (contra las disposiciones contenidas en el testamento) y de consiguiente los herederos estraños pierden toda la herencia. . . . . la posesion de los bienes. . . . .

§. 126. Sin embargo, el emperador Antonino ha decidido recientemente por un rescripto que las mujeres no puedan adquirir por la posesion de bienes mas de lo que les corresponderia por el derecho de acrecer. Esta disposicion comprende igualmente á las mujeres mancipadas, las que solo reciben por la posesion de bienes lo que acrecerían si fuesen herederos *suyos*.

§. 127. Cuando un hijo es desheredado por su padre, debe serlo nominalmente. Se deshereda nominalmente de este modo: MI HIJO TICIO SEA DESHEREDADO, ó así: MI HIJO SEA DESHEREDADO, sin añadir el nombre propio.

§. 128. Las demas personas de ambos sexos. . . . .

§. 129. En efecto, el pretor no solamente á todos los hijos varones, sino tambien á los nietos y los biznietos. . . . .

§. 130. Tambien los hijos póstumos deben ser instituidos herederos ó desheredados.

§. 131. Decimos que la condicion de todos es igual, en el sentido de que, á pesar de la pretericion del hijo póstumo ó de cualquiera otro de los descendientes sean varones ó hembras, es válido el testamento; si bien se rompe despues por la agna-

postea agnatione postumi siue postumae rumpitur, et ea ratione totum infirmatur. ideoque si mulier, ex qua postumus aut postuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem adeundam. §. 132. *Sed feminini quidem sexus postumae uel nominatim, uel inter ceteros exheredari solent, dum tamen si inter ceteros exheredentur, aliquid eis legetur, ne uideantur praeteritae esse per obliuionem. masculos uero postumos, id est, filium et deineeps, placuit non aliter recte exheredari, nisi nominatim exheredentur, hoc scilicet modo:* QVICVMQVE MIHI FILIVS GENITUS FVERIT, EXHERES ESTO. §. 133. *Postumorum loco sunt et hi, qui in sui heredis locum succedendo, quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes. ut ecce si filium et ex eo nepotem neptemue in potestate habeam, quia filius gradu praecedit, is solus iura sui heredis habet, quamuis nepos quoque et neptis ex eo in eadem potestate sint: sed si filius meus me uiuo moriatur, aut qualibet ratione exeat de potestate mea, incipit nepos neptisue in eius locum succedere; et eo modo iura suorum heredum quasi agnatione nanciscuntur.* §. 134. *Ne ergo eo modo rumpatur mihi testamentum, sicut ipsum filium uel heredem instituere, uel exheredare nominatim debeo, ne non iure faciam testamentum, ita et nepotem neptemue ex eo necesse est mihi uel heredem instituere, uel exheredare, ne forte, me uiuo filio mortuo, succedendo in locum eius nepos neptisue** quasi agnatione rumpat test**amentum: idque lege Iunia Velleia prouisum est**. — — — — — ********* uirilis sexus nominatim, feminini uel nominatim, uel inter ceteros exheredentur, dum tamen iis, qui inter ceteros exheredantur, **aliquid legetur.* §. 135. *E**mancipatos liber*os i*ure ciuili neque heredes instituere, neque exheredare necesse est, quia** non sunt sui heredes. sed Praetor omnes tam feminini, quam masculini sexus, si heredes non instituantur, exheredari iubet, uirilis sexus **nominatim, feminini** uero inter ceteros. q*ui* si neque heredes instituti fuerint, neque **ita**, ut supra diximus, exheredati, Praetor promittit eis contra tabulas bonorum possessionem ****************
****** ———— ———— ———— ———— *******
********* §. 136. *Adoptiui*, quamdiu tenentur in adoptione, naturalium loco sunt. emancipati uero (*a*) patre adoptiuo neque iure ciuili, neque quod ad edictum Praetoris pertinet*, *inter liberos*

§. 133. L. 13. de injust. rupt. irrit. fact. testam. inscripta: Gajus Libro II. Institutionum. §. 2. I. de exheredat. liber. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIII, §. 3.

§. 134. *Ne — — — prouisum est.* cit. L. 13. de injust. cit. §. 2. I. de exheredat. liber. *uirilis sexus* etc. Conf. cit. §. 2. I. item supra §. 132.

§. 135. §. 3. I. de exheredat. liber. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 23. item supra §. 120.

§. 136. *Adoptiui* etc. Conf. §. 4. I. de exheredat. liber. *emancipati uero* etc. cit. §. 4. I.

cion del póstumo ó póstuma, y queda por lo mismo enteramente invalidado. Por consiguiente en el caso de abortar la mujer, de quien se esperaba un póstumo, varon ó hembra, pueden adir la herencia sin ningun impedimento los herederos testamentarios.

§. 132. Los póstumos del sexo femenino pueden ser desheredados nominal ó colectivamente, con tal que en este último caso se les deje algun legado, para que no parezca que se debe á olvido la pretericion. En cuanto á los póstumos varones, es decir, el hijo y demas ascendientes, no se consideran desheredados sino cuando lo son nominalmente, á saber, de esta manera: CUALQUIERA HIJO QUE ME NAZCA, SEA DESHEREDADO.

§. 133. Se consideran tambien como póstumos aquellos que sucediendo en lugar de un heredero *suyo*, llegan á ser por cuasi-agnacion herederos *suyos* de sus ascendientes: por ejemplo, si un hijo y un nieto ó nieta procedentes de él están bajo mi potestad, como quiera que mi hijo se halla mas cercano á mí en grado, á él solo le corresponden los derechos de heredero *suyo*, por mas que su hijo y su hija se encuentren tambien bajo mi potestad; pero si mi hijo muere viviendo yo, ó sale de la patria potestad por cualquier causa, entonces mi nieto y mi nieta suceden en su lugar y adquieren de este modo por cuasi-agnacion los derechos de herederos *suyos*.

§. 134. Y á fin de evitar que en este caso se rompa mi testamento, así como debo instituir heredero ó desheredar nominalmente á mi hijo para no hacer un testamento ilegal, así tambien debo instituir ó desheredar á mi nieto ó nieta, no sea que muriendo mi hijo en vida mia y tomando su hijo ó hija el lugar suyo, se rompa mi testamento por cuasi-agnacion. Así lo ha prevenido la ley Junia Veleya. . . . . . . los hijos varones deben ser desheredados nominalmente y las hembras nominal ó colectivamente, con tal que en este último caso se les deje algun legado.

§. 135. Por derecho civil no hay obligacion de instituir herederos ó desheredar á los hijos mancipados, porque estos no son herederos *suyos*; pero el pretor ha mandado que si no se les instituye, hayan de ser desheredados nominalmente los varones y colectivamente las hembras; y si no han sido instituidos herederos ni desheredados de la manera susodicha, el pretor les concede la posesion de bienes contra lo dispuesto en el testamento. . . . .

§. 136. Los hijos adoptivos ocupan el lugar de los naturales mientras que se tienen en adopcion; pero una vez mancipados por el padre adoptivo, ya no se cuentan entre los hijos ni por el derecho civil ni por el edicto del pretor.

*numerantur**. §. 137. Qua ratione accidit, ut ex diuerso, quod ad naturalem parentem pertinet, quamdiu quidem sint in adoptiua familia, extraneorum numero habeantur: **cum uero emanci**pati fuerint **ab adoptiuo patre, tunc incipiant** in ea causa esse, qua futuri essent, si ab ipso naturali patre (*emancipati*) fuissent.

§. 138. Si quis post factum testamentum adoptauerit sibi filium aut per populum eum, qui sui iuris est, aut per Praetorem eum, qui in potestate parentis fuerit, omnimodo testamentum eius rumpitur quasi agnatione sui heredis. §. 139. Idem iuris est si cui post factum testamentum uxor in manum conueniat, uel quae in manu fuit, nubat: nam eo modo filiae loco esse incipit, et quasi sua *est*. §. 140. Nec prodest s*i*ue hae*c*, *si*ue ille, qui adoptatus est, in eo testamento sit instit*ut*us institaue. nam de exheredatione eius superuac*uu*m uidetur quaerere, cum testamenti faciundi tempore suorum heredum numero non fuer*it*. §. 141. Filius quoque, qui ex prima secundaue mancipatione manumittur, quia reuertitur in potestatem patriam, rumpit ante factum testamentum. nec prodest si in eo testamento heres institutus, uel exheredatus fuerint. §. 142. Simile ius olim fuit in eius persona, cuius nomine ex senatusconsulto erroris causa probatur, quia forte ex peregrina uel Latina, quae per errorem quasi ciuis Romana uxor ducta esset, natus esset. nam siue heres institutus esset a parente, siue exheredatus, siue uiuo patre causa probata, siue post mortem eius, omnimodo quasi agnatione rumpebat testamentum. §. 143. Nunc uero ex nouo senatusconsulto, quod auctore diuo Hadriano factum est, siquidem uiuo patre causa probatur, aeque ut olim omnimodo rumpit testamentum: si uero post mortem patris, praeteritus quidem rumpit testamentum, si uero heres in eo scriptus est, uel exheredatus, non rumpit testamentum ne scilicet diligente*r* facta testamenta rescinderentur *eo tem*pore, *quo* renouari non possent. §. 144. Posteriore quoque testamento, quod iure factum *est*, superius rumpitur. nec interest, an extiterit aliquis ex eo heres, an non extiterit: hoc enim solum spectatur, an existere potue-

§. 137. cit. §. 4. I.

§. 138. §. 1. I. quib. mod. testam. infirm. Conf. Epitome, II, 5, §. 3. Vlpianus, Fragm. XXIII, §. 3.

§. 139. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIII, cit. §. 3. item supra Commentar. I. §. 114. et loci ibi allegati.

§. 140. Conf. Tryphoninus, L. 28. §. 1. de liber. et postum. *Nec — — institutaue*. Conf. Cervid. Scaevola. L. 18. de injusto. Papinianus, L. 23. §. 1. de liber. et postum, *nam de exheredatione* etc. Conf. Vlpianus, L. 8. §. §. 7. 8. de b. p. contra tab. Papinianus, L. 23. pr. de liber. et postum. Paulus, L. 132. pr. de verb. obligat.

§. 141. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIII, §. 3. et L. 8. §. 1. de injusto. item supra Commentar. I. §. 132. infra Commentar. III. §. 6.

§. 142. Conf. supra Commentar. I. §. 67. infra Commentar. III. §. 5.

§. 144. §. 2. I. quib. mod. test. infirm. Conf. Epitome, II. 3. §. 4. Vlpianus, Fragm. XXIII. §. 2. *aut propter caelibatum ex lege Iulia summotus fuerit ab hereditate.* Conf. supra §. 111. infra §. 286.

§. 137. Se sigue de aquí en sentido inverso que los hijos son considerados como estraños respecto del padre natural en tanto que se hallan en la familia adoptiva; pero al punto que son mancipados por el padre adoptivo, entran en la misma condicion que tendrían si hubiesen sido mancipados por el padre natural.

TITULO VI.

De qué modos se invalidan los testamentos.

§. 138. Si despues de haber hecho testamento, se adopta por hijo ante el pueblo á una persona independiente (*sui juris*), ó ante el pretor á un hijo sometido á la patria potestad, desde luego el testamento queda del todo roto por la cuasi-agnacion de un heredero *suyo*.

§. 139. Esto mismo sucede tambien cuando despues de haber hecho testamento, se recibe *in manu* á la mujer propia, ó bien cuando nos casamos con la que está sometida á nuestro poder (*manus*), porque en este caso la mujer toma el lugar de hija y se asemeja á un heredero *suyo*.

§. 140. Y no deja de romperse el testamento, aun cuando se instituya heredero al adoptado ó á la mujer que está sometida al poder; siendo por otra parte inútil averiguar si están desheredados, toda vez que al tiempo de hacerse el testamento no eran herederos *suyos*.

§. 141. El hijo manumitido de una primera ó segunda mancipacion rompe asimismo el testamento hecho con anterioridad, por cuanto vuelve á la potestad del padre, y nada importa que en el mismo testamento esté instituido heredero ó desheredado.

§. 142. En otro tiempo regia igual disposicion respecto de aquel en cuyo nombre se probaba, segun el senadoconsulto, la causa de error por haber nacido, v. gr., de una extranjera ó de una Latina casada equivocadamente como ciudadana romana, pues ya fuese instituido heredero ó desheredado por su padre, ya se hubiese hecho la prueba de error antes ó despues de la muerte de éste, siempre rompia el testamento por cuasi-agnacion.

§. 143. Pero hoy dia, segun un senadoconsulto reciente sancionado por el del emperador Adriano, se rompe el testamento como en otro tiempo, cuando se prueba el error en vida del padre; pero si la prueba no se practica hasta despues de su muerte, el hijo no rompe el testamento á menos que no se haya hecho mencion de él, y de ninguna manera si ha sido instituido heredero ó desheredado formalmente, pues no debe rescindirse un testamento hecho cuidadosamente, cuando ya no es posible su renovacion.

§. 144. Un testamento posterior hecho conforme á derecho rompe siempre el anterior. En este caso no importa que exista ó no heredero á virtud del último testamento, debiendo solo te-

rit. ideoque si quis ex posteriore testamento, quod iure factum est, aut noluerit heres esse, aut uiuo testatore, aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut per *cretio*-nem exclusus fuerit, aut condicione, sub qua heres institutus est, defectus sit, aut propter caelibatum ex lege Iulia summotus fuerit ab hereditate: *in his* casibus paterfamilias intestatus moritur. nam et prius testamentum non ualet, ruptum a posteriore; et posterius aeque nullas uires habet, cum ex eo nemo heres extiterit. §. 145. Alio quoque modo testamenta iure facta infirmantur: uelut (*cum*) is, qui fecerit testamentum, capite deminutus sit; quod quibus modis accidat, primo commentario relatum est. §. 146. Hoc autem casu *in*rita fieri testamenta dicemus, cum alioquin et quae rumpuntur, inrita fiant (*et quae statim ab initio non iure fiunt, inrita sint. sed et ea, quae iure facta sunt, et postea propter capitis deminutionem inrita fiunt*), possunt nihilominus rupta dici. sed quia sane commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quaedam non iure fieri dicuntur, quaedam iure facta rumpi, uel inrita fieri.

§. 147. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae uel ab initio non iure facta sunt, uel iure facta postea inrita facta, au*t* rupta sunt. nam si septem testium signis signata sint testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere: si modo defunctus testator et ciuis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit. nam si ideo inritum fit testamentum, quod postea ciuitatem, uel etiam libertatem testator amisit, *a*ut is in adoptionem se dedit, **et** mortis tempore in adoptiui patris potestate fuit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere. §. 148. (*Qui autem*) secundum tabulas testamenti, quae aut statim ab initio non iure factae sint, aut iure factae postea *r*uptae, uel inritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, si modo possunt hereditatem optinere, habebunt bonorum possessionem cum re: si uero ab iis auocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re. §. 149. Nam si quis heres iure ciuili institutus sit uel ex primo, uel ex posteriore testamento, uel ab intestato iure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem auocare: si uero nemo sit alius iure ciuili heres, ipsi retinere hereditatem possunt ***** *** iudicium aduersus eos habent **************** ———— ———— ———— ———— ***************** legitimus

§. 145. §. 4. I. quib. mod. test. infirm. Conf. Epitome, II, 3, §. 5. Vlpianus, Fragm. XXIII, §. 4. *primo commentario relatum est.* Vid. ibi §. 159. sq.
§. 146. cit. §. 4. I. quib. mod. test. infirm.
§. 147. §. 5. I. quib. mod. test. infirm. Conf. Vlpianus, Fragm. XXVIII, §. 6. et. XXIII, §. 6. item supra §. 119.
§. 148. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIII, cit. §. 6. XXVIII, §. 13. item infra Commentar. III. §. 35. sq.
§. 149. Conf. supra. §. §. 119. 120.

nerse presente si ha podido haberlo. De consiguiente si alguno instituido heredero por un testamento posterior hecho conforme á derecho rehusare serlo; si falleciere en vida del testador ó despues de su muerte antes de adir la herencia; si fuere escluido por la *crecion*; si la condicion bajo la cual ha sido instituido heredero no se cumpliere, ó si en virtud de la ley Julia fuere escluido de la sucesion por causa de celibato; en todos estos casos muere intestado el padre de familia, pues el primer testamento queda invalidado á causa de haberse roto por el segundo, y este queda igualmente sin fuerza por no existir heredero.

§. 145. Tambien se invalidan los testamentos hechos conforme á derecho por otro motivo, á saber: por la *capitis diminucion* del testador. Ya se ha referido en el primer comentario por qué diferentes modos sucede esto.

§. 146. En tal caso se dice el testamento *irrito*, aunque por otra parte sean tambien irritos aquellos que se han roto y aun los hechos desde un principio contra lo prevenido por las leyes; pudiéndose llamar de la misma manera rotos los que se han hecho irritos por la *capitis diminucion*; pero como es mas conveniente distinguir á cada cosa por su nombre particular, se dice que ciertos testamentos no están hechos conforme á derecho, que otros, hechos legalmente, se rompen y que otros se hacen irritos.

§. 147. No son del todo inútiles los testamentos hechos desde un principio sin las formalidades legales, ni los que reuniendo estas han sido despues rotos ó irritos; pues si están autorizados con la firma de siete testigos, desde luego el heredero inscrito puede pedir al pretor la posesion de bienes *secundum tabulas* (conforme á las disposiciones del testamento), con tal que el testador sea ciudadano romano y padre de familia al tiempo de su muerte. Al contrario, si el testamento se ha hecho irrito ya por haber perdido el testador posteriormente la ciudadanía ó la libertad, ó ya por haberse dado en adopcion y estar aun en el momento de su muerte bajo la potestad del padre adoptivo, el heredero instituido no podrá pedir la posesion de bienes *secundum tabulas*.

§. 148. Los que reciben la posesion de bienes *secundum tabulas*, bien en virtud de un testamento hecho desde el principio contra lo prevenido en las leyes, ó que, aun cuando formado con todos los requisitos legales, ha sido despues roto ó irrito, consiguen una posesion de bienes efectiva (*cum re*) siempre que les sea dado obtener la herencia; pero si pueden ser privados de ella, solo lograrán una posesion de bienes ilusoria (*sine re*).

§. 149. En efecto, el heredero instituido segun el derecho civil por un testamento anterior ó posterior y el heredero legítimo *abintestato* pueden quitarles la herencia; pero no existiendo ningun heredero por derecho civil, les es permitido conservarla. . . . . ó porque el testador no

************** ************** habentur ********************* factum sit au*t* quod familia non uenierit, aut nuncupationis uerba testator locutus non sit.

*** ——— ——— ——— ——— possessores ***** olim *******************. §. 150. lege bona caduca fiunt et ad populum deferri iubentur, si defuncto nemo **successor extiterit**. §. 151. Potest, ut iure facta testamenta ************** * infirme*nt*ur. apparet * poss*e* ************** ************** testator ****************** ************** eius **************** *********** iure ciuili ualeat qui ***************************** tabulas testam*enti* ******************** ——— ——— ——— ——— ** quidem *** si quis ab i*ntestato* bonorum possessionem petieri*t* **** ——— ——— ——— ——— perueniat hereditas. et hoc ita *re*scripto Imperatoris Antonini significatur.

——— ——— ——— ———

§. 152. Heredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui et necessarii, aut extranei. §. 153. Necessarius heres est seruus cum libertate heres institutus; ideo sic appellatu*s*, quia siue uelit, siue nolit, omnimodo post mortem testatoris protinus liber et heres est. §. 154. Vnde qui facultates suas suspectas habet, solet seruum primo, aut secundo, uel etiam ulteriore gradu liberum et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis, quam ipsius testatoris bona ueneant, id est, ut ignominia, quae accedit ex uenditione bonorum, hunc potius heredem, quam ipsum testatorem contigant. quamquam aput F*u*fidium Sabino placeat, eximendum eum esse ignominia, quia non suo uitio, sed necessitate iuris bonorum uenditionem pateretur: sed alio iure utimur. §. 155. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea, quae post mortem patroni sibi adquisierit, siue ante bonorum uenditionem, siue postea, ipsi reseruentur. et quamuis propter contractionem bona uenierint, iterum ex hereditaria causa bona eius non uenient, nisi si quid ei ex hereditaria causa fuerit adquisitum, uelut si (*ex eo*, *quod*) Latinus adquisierit, locupletior factus sit: cum ceterorum hominum, quorum bona uenierint, pro (*residua*) portione, si quid postea adquirant, etiam saepius bona ueniri sole*a*nt.

§. 150. Conf. Vlpianus, Fragm. XXVIII, §. 7. Iulianus, L. 96. §. 1. de legat. 1.

§. 152. pr. I. de hered. qual. et differ. Conf. Epitome, II, 3, §. 6.

§. 153. §. 1. I. de hered. qual. et differ. Conf. Epitome, II, 3, §. 6. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 24.

§. 154. *Vnde — — — bona ueneant*. cit. §. 1. I. de hered. qual. et differ. Conf. Epitome, II, 3, §. 6. *id est, ut ignominia— —contingat*. Conf. Epitome, loc. cit.

§. 155. *Pro— — — reseruentur*. cit. §. 1. I. de hered. qual. et differ. *et quamuis* etc. Conf. cit. §. 1. I.

vendiere la familia ó no pronunciare las palabras de la nuncupacion. . . . .

(*Fere decem lineæ desunt.*)

§. 150. . . . . por la ley caducan los bienes, y son deferidos al pueblo romano siempre que el difunto no deje ningun sucesor.

§. 151. . . . .

(*Fere novem lineæ desunt.*)

. . . . si alguno pidiere la posesion de los bienes de un intestado. . . . . así resulta de un rescripto del emperador Antonino.

TITULO VII.

De la diferencia y cualidades de los herederos.

§. 152. Los herederos son ó necesarios ó *suyos* y necesarios ó estraños.

§. 153. Es heredero necesario el esclavo á quien se instituye heredero dándole la libertad: se llama así, porque á la muerte del testador tiene que ser heredero y libre, quiera ó no quiera.

§. 154. Así es que el testador que duda si podrá satisfacer ó no sus deudas, instituye ordinariamente á su esclavo heredero en primero, segundo y hasta en último grado, concediéndole al mismo tiempo la libertad, para que en el caso de no poder pagar á sus acreedores, estos vendan mas bien los bienes del heredero que los suyos, es decir, á fin de que la ignominia que resulta de esta venta, recaiga mas bien sobre el heredero que sobre el testador; aunque segun Fufidio, no sea de esta opinion Sabino. Este autor piensa que el deshonor no debe afectar al heredero, puesto que no por culpa suya sino por una necesidad de la ley sufre la venta de sus bienes; pero nosotros seguimos en la práctica otro principio.

§. 155. En compensacion de este perjuicio se le concede la ventaja de conservar los bienes adquiridos por él despues de la muerte del patrono, sea antes de la venta, sea despues; y á pesar de que se vendan los bienes del difunto por insolvencia, los suyos no son comprendidos en la venta sino en el caso de que provengan de la herencia misma, por ejemplo, si un liberto Latino se ha hecho mas rico con aquello que haya adquirido; siendo así que en las otras ventas de bienes por deudas se venden por lo comun aun los adquiridos despues por el deudor hasta cubrir el resto de la deuda.

§. 156. Sui autem et necessarii heredes sunt uelut filius filiaue, nepos neptisue ex filio, deinceps ce*te*ri, qui modo in potestate morientis fuerunt. sed uti nepos neptisue suus heres sit, non sufficit, eum (*eamue*) in potestate aui mortis tempore fuisse, sed opus est, ut pater quoque eius, uiuo patre suo, desierit suus heres esse, aut morte interceptus, aut qualibet ratione liberatus potestate: tum enim nepos neptisue in locum sui patris succedunt. §. 157. Sed sui quidem heredes ideo appellantur quia domestici heredes sunt, et uiuo quoque parente quodam*m*odo domini existimantur: unde etiam si quis intestatus mortuus sit, prima causa est in successione liberorum. necessarii uero ideo dicuntur, quia omnimodo, (*siue*) uelint (*si*)ue (*nolint*, *tam*) ab intestato, quam ex testamento heredes fiunt. §. 158 Sed his Praetor permittit, abstinere se ab heredi*tate*, ut potius parentis bona ueneant. §. 159. Idem iuris est et (*in*) uxoris persona, quae in manu est, quia filiae loco est; et in nurus, quae in manu filii est, quia neptis loco est. §. 160. Quin similiter abstinendi postestatem facit Praetor etiam mancipato, id est, ei, qui in causa mancipii est, cum liber et heres institutus sit; cum necessarius, non etiam suus heres sit, tamquam seruus. §. 161. Ceteri, qui testatoris iuri subiecti non sunt, extranei heredes appellantur. itaque liberi quoque nostri, qui in potestate nostra non sunt, heredes a nobis instituti sicut extranei uidentur. qua de causa et qui a matre heredes instituuntur, eodem numero sunt, quia feminae liberos in potestate non habent. serui quoque, qui liberi et heredes instituti sunt et postea a domino manumissi, eodem numero habentur. §. 162. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate, uel non adeunda. §. 163. Sed siue is, cui abstinendi potestas est, inmiscuerit se bonis hereditariis, siue is, cui de adeunda (*hereditate*) deliberare licet, adierit, postea relinquendae hereditatis facultatem non habet, nisi si minor sit annorum XXV. nam hujus aetatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis, deceptis, ita etiam si temere damnosa*m* here-

§. 156. §. 2. I. de hered. qual. et differ. Conf. infra Commentar. III. §. 2. *Sui —— fuerunt.* Conf. Epitome, II, 3, cit. §. 6. Vlpianus, Fragm. XXII, cit. §. 24.

§. 157. cit. §. 2. I. de hered. qual. et differ.

§. 158. cit. §. 2. I. de hered. qual. et differ. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 24.

§. 159. Conf. infra Commentar. III. §. 3. et supra huj. Commentar. §. 139.

§. 160. Conf. supra Commentar. I. §. §. 123. et 138.

§. 161. §. 3. I. de hered. qual. et differ. Conf. Epitome, II, 3. cit. §. 6.

§. §. 162. 163. §. 5. I. de hered. qual. et differ.

§. 156. Son herederos *suyos y necesarios* el hijo, la hija, el nieto y nieta por línea de varon y los demas descendientes, con tal que se hallen bajo la potestad del difunto al tiempo de su muerte. Pero para que el nieto ó la nieta lleguen á ser herederos *suyos*, no es suficiente que estén bajo la potestad del abuelo en la época de su fallecimiento; siendo indispensable que el padre deje de ser heredero *suyo* en vida del abuelo, ya por muerte ó ya saliendo por cualquier otro medio de la patria potestad: solo entonces el nieto ó la nieta toman en la sucesion el lugar de su padre.

§. 157. Tambien los herederos se llaman *suyos*, porque son herederos domésticos, y porque aun viviendo el padre, se consideran en cierto modo propietarios. De aquí es que cuando ocurre la muerte abintestato, los hijos ocupan el primer lugar en la sucesion. Se les llama necesarios, porque de todos modos, quieran ó no quieran, y sea por testamento ó *abintestato*, tienen que ser herederos.

§. 158. El pretor, sin embargo, les permite rehusar la herencia, á fin de que los bienes que sean vendidos por los acreedores, pertenezcan mas bien al padre que á los hijos.

§. 159. Semejante disposicion tambien se aplica á nuestra propia mujer, cuando la tenemos sometida al poder, porque ocupa el lugar de nuestra hija; y á nuestra nuera siempre que esté bajo el poder de nuestro hijo, porque entonces la tenemos en lugar de nieta.

§. 160. Es mas, el pretor concede tambien la facultad de abstenerse de la herencia aun al hijo mancipado, es decir, dado en *mancipio*, cuando ha sido instituido libre y heredero, porque entonces no es heredero *suyo* sino necesario como un esclavo.

§. 161. Los otros herederos no sometidos á la dependencia del testador, se llaman herederos estraños. Así es que nuestros propios descendientes, cuando no están sometidos á nuestra potestad y los instituimos herederos, se consideran como herederos estraños. Y por la misma razon los hijos instituidos herederos por su madre, se colocan en la misma clase, pues que las hembras no ejercen ninguna potestad sobre sus hijos; contándose tambien en el mismo número los esclavos que instituidos herederos y libres, son manumitidos despues de hecho el testamento.

§. 162. Se ha concedido á los herederos estraños la facultad de deliberar sobre si han de adir ó no la herencia.

§. 163. Pero si aquel á quien se ha concedido la facultad de abstenerse, se mezclare en los bienes de la herencia, ó aquel á quien se permite deliberar, llegase á adirla, entonces no está ya en su mano abandonarla, á no ser que sea menor de veinte y cinco años; porque el pretor presta á los menores, cuando se han hecho cargo de una herencia onerosa, el mismo auxilio

ditatem susceperint, Praetor succurrit. scio quidem, diuum Hadrianum etiam maiori XXV annorum ueniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande aes alienum, quod aditae hereditatis tempore latebat, apparuisset.

§. 164. Extraneis heredibus solet cretio dari, id est, finis deliberandi, ut intra certum tempus uel adeant hereditatem, uel si non adeant, temporis fine summoueantur. ideo autem cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere. §. 165. Cum ergo ita scriptum sit: HERES TITIVS ESTO, adiicere debemus: CERNITOQVE IN CENTVM DIEBVS PROXVMIS, QUIBVS SCIES POTERISQVE. QVODNI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO. §. 166. Et qui ita heres institutus est, si uelit heres esse, debebit intra diem cretionis cernere, id est, haec uerba dicere: QVOD ME PVBLIVS TITIVS TESTAMENTO SVO HEREDEM INSTITVIT, EAM HEREDITATEM ADEO CERNOQVE. Quodsi ita non creuerit, finito tempore cretionis excluditur: nec quidquam proficit si pro herede gerat, id est, si rebus hereditariis tamquam heres utatur. §. 167. At is, qui sine cretione heres institutus sit, aut qui ab intestato legitimo iure ad hereditatem uocatur, potest aut cernendo, aut pro herede gerendo, uel etiam nuda uoluntate suscipiendae hereditatis heres fieri: eique liberum est, quocumque tempore uoluerit, adire hereditatem. solet (*tamen*) Praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si uelint adeant hereditatem: si minus, ut liceat creditoribus bona defucti uendere. §. 168. Si quis autem cum cretione heres institutus est, (*sicut*) nisi creuerit hereditatem, non fit heres; ita non aliter excluditur, quam si non creuerit intra id tempus, quo cretio finita sit. itaque licet ante diem cretionis constituerit, hereditatem non adire, tamen paenitencia actus, superante die cretionis, cernendo heres esse potest. §. 169. At hic, qui sine cretione heres institutus est, quique ab intestato per legem uocatur, sicut uoluntate nuda heres fit, ita et contraria destinatione statim ab hereditate repellitur. §. 170. Omnis autem cretio certo tempore constringitur. in quam rem tolerabile tempus uisum est centum dierum. potest tamen nihilominus iure ciuili aut

§. 164. Conf. Isidorus, Origin. Lib. V, cap. 24. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 27.

§. 165. CERNITOQVE — — ESTO. Vlpianus, Fragm. XXII, cit. §. 27. Conf. infra §. §. 171. et 174. item Cicero, de Orat. Lib. I, cap. 22.

§. 166. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. §. 25. 28. 26. QVOD — — CERNOQVE. Idem eod. cit. §. 28. *pro herede gerat* etc. Conf. §. 7. I. de hered. qual. et differ.

§. 167. *At — — — heres fieri*. Conf. cit. §. 7. I. de hered. qual. et differ. Vlpianus, Fragm. XXII, cit. §. 25.

§. 168. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 30.

§. 169. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 29. cit. §. 7. I. de hered. qual. et differ.

§. 170. *aut breuius tempus dari*. Conf. Cicero, ad Attic. Lib. XIII, epist. 46.

que les dá siempre que sufren algun perjuicio. Además me consta que Adriano dispensó á un mayor de veinte y cinco años, á causa de haberse descubierto despues de adida la herencia grandes deudas que estaban ocultas al tiempo de la adicion.

§. 164. Se concede ordinariamente á los herederos estraños la crecion (*cretio*), es decir, cierto plazo para deliberar, á fin de que en un determinado espacio de tiempo se haga la adicion de la herencia, y no haciéndola, sean escluidos de la sucesion espirado el término, y se llama *crecion*, porque *cernere* es como examinar y decidir.

§. 165. Cuando se escribe así: SE TICIO MI HEREDERO, es preciso añadir: Y HAZ LA CRECION EN EL TERMINO DE CIEN DIAS A CONTAR DESDE AQUEL EN QUE TENGAS CONOCIMIENTO DE ESTA DISPOSICION Y PUEDAS PRACTICARLA: SI ASI NO LO HACES, QUEDAS DESHEREDADO.

§. 166. El heredero instituido de esta manera que quiera llegar á serlo, deberá hacer la crecion dentro del tiempo fijado, esto es, pronunciar las siguientes palabras: SUPUESTO QUE PUBLIO TICIO ME HA INSTITUIDO HEREDERO, YO HAGO LA ADICION Y CRECION DE ESTA HERENCIA: y si no hace la crecion de esta manera, es escluido de la herencia en cuanto acabe el tiempo prescrito, y nada le aprovechará que obre como heredero, es decir, que use y disponga como tal de las cosas hereditarias.

§. 167. Por lo que hace al heredero instituido sin crecion, ó llamado á una sucesion abintestato por derecho legítimo, puede llegar á ser heredero, ya haciendo la crecion, ya obrando como tal heredero, ya por la simple voluntad de tomar la herencia, la que además es libre de adir cuando y mejor le convenga. Sin embargo, el pretor por lo regular le fija á peticion de los acreedores un plazo de tiempo para hacer, si lo tiene á bien, la adicion de la herencia, pasado el cual, puedan aquellos vender los bienes del difunto, si no ha tenido lugar la adicion.

§. 168. Así como el heredero instituido con crecion no llega á ser heredero sino en tanto que la ha hecho, de la misma manera para ser escluido de la herencia es preciso que deje de hacerla dentro del término prefijado por el testador. De consiguiente, aun cuando hubiese asegurado antes de espirar el plazo que no aceptaba la herencia, muy bien puede llegar á ser heredero, si es que se arrepiente y hace la crecion antes de que concluya el tiempo señalado.

§. 169. Pero el heredero instituido sin crecion y el llamado por la ley á una sucesion *abintestato*, como quiera que son herederos por su mera voluntad, quedan escluidos de la herencia en cuanto manifiestan su intencion de no aceptarla.

§. 170. Toda crecion se limita á cierto tiempo: el plazo que ha parecido mas conveniente es el de cien dias. Sin embargo, conforme al derecho civil se puede acortar ó alargar el plazo fi-

longius, aut breuius tempus dari: longius tamen interdum Praetor coartat. §. 171. Et quamuis omnis cretio certis diebus constringatur, tamen alia cretio uulgaris uocatur, alia certorum dierum: uulgaris illa, quam supra exposuimus, id est, in qua dicuntur haec uerba: QVIBVS SCIET POTERITQVE; certorum dierum, in qua, detractis his uerbis, cetera scribuntur. §. 172. Quarum cretionum magna differentia est. nam uulgari cretione data, nulli dies computantur, nisi quibus scierit quisque, se heredem esse institutum, et possit cernere. certorum uero dierum cretio*ne* data, etiam nescient*i* se heredem institutum esse numerantur dies continui: item ei quoque, qui alicua ex causa cernere prohibetur, et eo amplius ei, qui sub condicione heres institutus est, tempus numeratur. unde melius et aptius est, uulgari cretione uti. §. 173. Continua haec cretio uocatur, quia continui dies numerantur. Sed quia tamen dura est haec cretio, altera m*agis* in us*u* habetur; unde etiam uulgaris dicta est.

De substi*tu*tionibus. §. 174. Interdum duos pluresue gradus heredum facimus, hoc modo: LVCIVS TITIVS HERES ESTO, CERNITOQVE IN DIEBVS (CENTVM) PROXIMIS, QVIBVS SCIES POTERISQVE. QVODNI ITA CREVERIS, EXHERES ESTO. TVM MAEVIVS HERES ESTO, CERNITOQVE IN DIEBVS CENTVM et reliqua. et deinceps in quantum uelimus, substituere possumus. §. 175. Et licet nouis uel unum in unius locum substituere pluresue; et contra in plurium locum uel unum, uel plures substituere. §. 176. Primo itaque gradu scriptus heres hereditatem cernendo fit heres, et substitutus excluditur: non cernendo summouetur etiamsi pro herede gerat, et in locum eius substitutus succedit. et deinceps si plures gradus sint, in singulis simili ratione idem contingit.

§. 171. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 31. *quam supra exposuimus* Vid. §. 165.

§. 172. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 32.

§. 173. *Continua haec cretio uocatur.* Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, cit. §. §. 31. 32.

§. 174. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 33. pr. I. de vulg. substit. Epitome, II, 4. §. 1. TITIVS — — — *et reliqua.* Vlpianus, loc. cit.

§. 175. Conf. §. 1. I. de vulg. substit.

jado. El pretor, no obstante, suele á veces restringirlo cuando escede de los cien dias.

§. 171. Aunque siempre la crecion esté limitada á determinado tiempo, se distingue la crecion ordinaria de la de determinados dias. La crecion ordinaria es aquella de que acabamos de hablar, es decir, aquella en la que se añaden las siguientes palabras: A CONTAR DESDE EL DIA EN QUE CONOZCAS ESTA DISPOSICION Y PUEDAS PRACTICARLA; y por el contrario, la crecion de dias determinados es aquella en que se omiten dichas palabras.

§. 172. Existe entre estas dos creciones una notable diferencia, á saber: cuando la crecion concedida es la ordinaria, no se cuentan los dias sino desde el momento en que el heredero tenga noticia de que ha sido instituido y pueda hacer la crecion; pero cuando se trata de la crecion de dias determinados, se cuentan estos desde luego, aunque el heredero no haya tenido noticia de la disposicion que lo instituye. Esta manera de contar los dias se aplica tambien al heredero que por una causa cualquiera no ha podido hacer la crecion, y con mas razon todavía al heredero instituido bajo condicion. Por consiguiente la crecion ordinaria es la mas ventajosa.

§. 173. Llámase tambien continua la crecion de dias determinados, porque estos se cuentan sin interrupcion; pero como quiera que sea dura, el uso ha dado la preferencia á la otra que por lo mismo ha recibido el nombre de vulgar ú ordinaria.

TITULO VIII.

De las sustituciones.

DE LAS SUSTITUCIONES. §. 174. Algunas veces instituimos muchos grados de herederos, á saber, de la manera siguiente: LUCIO TICIO, SE MI HEREDERO Y HAZ LA CRECION DENTRO DE CIEN DIAS DE CÓMO SUPIERES ESTA DISPOSICION Y PUEDAS EJECUTARLA; Y SI NO LO HICIERES ASI, QUEDA DESHEREDADO: ENTONCES, MEVIO, SE MI HEREDERO Y HAZ LA CRECION DENTRO DE CIEN DIAS, etc. etc. De esta manera nos es lícito multiplicar las sustituciones cuanto lo tengamos por conveniente.

§. 175. Podemos dar un solo sustituto á muchos ó á un solo instituido, ó al contrario, un solo sustituto á muchos instituidos ó sustitutos.

§. 176. Por consiguiente, el heredero instituido en primer lugar llega á serlo en cuanto hace la crecion de la herencia, y entonces escluye al sustituto: pero si no ha hecho la crecion, es escluido de la sucesion aun cuando haya actuado como heredero, y el sustituto ocupa su lugar. Habiendo muchos grados de institucion, sucede lo mismo consecutivamente con cada uno de ellos.

§. 177. Set si cretio sine exheredatione sit data, id est, si haec uerba (*adiecta sint*): SI NON CREVERIS, TVM PVBLIVS MAEVIVS HERES ESTO, illud diuersum inuenitur: quia si prior omissa cretione pro herede gerat, substitutus in partem admittitur, et fiunt ambo aequis partibus heredes. *quod*si neque cernat, neque pro herede gerat, sane in uniuers*um* summouetur, et substitutus in totam hereditatem succedit. §. 178. Sed d*u*dum quidem placuit, quamdiu cernere et eo modo heres fieri possit prior, etiamsi pro herede gesserit, non tamen admitti substitutum: cum uero cretio finita sit, tum pro herede gerentem admi*tt*ere *s*ubstitut*um*. *olim* uero placuit, etiam superante cretione, posse eum pro herede gerendo in partem substitutum admittere, et amplius ad cretionem reuerti non posse.

§. 179. Liberis nostris inpuberibus, quos in potestate habemus, non solum ita, ut supra diximus, substituere poss*u*mus, id est, ut **si** heredes non e*x*titerint, alius nobis heres sit; sed eo amplius, ut etiam si heredes nobis extiterint, et adhuc inpuberes mortui fuerint, *s*it iis aliquis heres. uelut hoc modo: TITIVS FILIVS MEVS MIHI HERES ESTO. SI FILIVS MEVS MIHI (HERES) NON ERIT, SIVE HERES ERIT ET *PRIVS* MORIATVR, QVAM IN SVAM TVTELAM VENERIT, SEIVS HERES ESTO. §. 180. Quo casu siquid*em* non extiterit heres filius, substitutus patris fit heres: **si uero** heres extiterit filius, et ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. quamobrem duo quodammodo sunt testamenta: a*li*ud patris; aliud filii, tamquam si ipse filius sibi hered*e*m instituisset. aut certe unum est testament*u*m duarum hereditatum. §. 181. Ceterum ne post obit*u*m parenti*s* periculo insidiarum subie*c*tus uide*a*tur pupillus, in usu est, uulgarem quidem substitutionem palam facere, id est, eo loco, quo pupillum heredem instituimus: (*nam*) uulgaris substitutio ita uocat ad hereditatem substitutum, si omnino pupillus heres non extiterit; quod accidit cum uiuo parente moritur, quo casu nullum substituti maleficium suspicari possumus, cum scilicet uiuo testatore omnia, quae in testamento scripta sint, ignorentur. illam autem substitutio-

§. 177. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 34. SI — ESTO. Idem, eod.
§. 178. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, cit. §. 34.
§. 179. pr. I. de pupill. substit. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIII, §. 7. Epitome, II, 4, §. 2.
§. 180. *Quo* — — — *substitutus*. cit. pr. I. de pupill. substit. *duo quodammodo sunt testamenta* etc. §. 2. I. eod.
§. 181. Conf. Epitome, II, 4, cit. §. 2. *Ceterum* — — — *instituimus*. Conf. §. 3. I. de pupill. substit. *nam uulgaris substitutio* — — — *ignorentur*. Conf. Theophilus, ad cit. §. 3. I. *illam autem* — — — *aperiantur*. cit. §. 3. I.

§. 177. Pero si la crecion se ha dado sin que haya desheredacion espresa, es decir, si la fórmula no contiene mas que las siguientes palabras: SI NO HACES LA CRECION, ENTONCES PUBLIO MEVIO SE MI HEREDERO, en tal caso es preciso establecer una distincion: cuando el heredero instituido, sin haber hecho la crecion, obra al menos como heredero, el sustituto es admitido en parte, y los dos por consiguiente son herederos en porciones iguales; pero si el instituido ni ha hecho la crecion ni actuado como heredero, queda escluido enteramente y el sustituto sucede en toda la herencia.

§. 178. Pero segun la opinion reinante tiempo ha, por mas que el primer instituido obre como heredero, no adquiere el sustituto ningun derecho, mientras aquel pueda hacer la crecion y por ella llegar á ser heredero único: en otro caso, esto es, cuando el primer instituido se porta como tal heredero despues de espirar el plazo de la crecion, el sustituto es admitido en parte á la herencia. Antiguamente por el contrario estaba en uso que practicando el instituido actos de heredero, admitia por lo mismo al sustituto á la herencia en parte, aun cuando no hubiese finado el tiempo de la crecion, la cual desde entonces no podia ya tener lugar.

§. 179. No solamente podemos sustituir, segun el modo arriba espresado, á nuestros descendientes impúberes sometidos á nuestra potestad, es decir, disponer que otro heredero ocupe su lugar si ellos no llegan á tomar posesion de la herencia, sino tambien darles un sustituto para el caso en que, despues de habernos heredado, mueran antes de la pubertad. Por ejemplo, en estos términos: MI HIJO TICIO SEA MI HEREDERO: SI MI HIJO NO LLEGA A SERLO, Ó MUERE DESPUES DE OBTENIDA LA HERENCIA, PERO SIN HABER ALCANZADO LA TUTELA DE SI MISMO, SEA SEYO MI HEREDERO.

§. 180. En este caso faltando el hijo, viene el sustituto á ser heredero del padre; pero si el hijo despues de haber obtenido la herencia falleciere todavía impúber, entonces el sustituto es heredero de este último y no del padre. Así es que en cierto modo esta disposicion encierra dos testamentos, el del padre y el del hijo, lo mismo que si este hubiese instituido su heredero, ó mejor dicho, es un testamento de dos herencias.

§. 181. Ademas para evitar que el pupilo se vea espuesto á algunas asechanzas despues de la muerte del padre, está en uso hacer la sustitucion ordinaria de una manera clara y manifiesta, esto es, en el mismo lugar del testamento en que se instituye heredero al pupilo: pues la sustitucion ordinaria no llama al sustituto á la sucesion sino en el caso en que el pupilo no llegue á ser heredero, por ejemplo, cuando muere en vida del testador; y en esta circunstancia de ninguna manera puede sospecharse ningun atentado de parte del sustituto, pues que mientras vive el testador, son desconocidas las cláusulas del testamento. Aho-

nem, per quam etiamsi heres extiterit pupillus, et intra pubertatem decesserit, substitutum uocamus, separatim in inferioribus tabulis scribimus, easque tabulas proprio lino, propriaque cera consignamus, et in prioribus tabulis cauemus, ne inferiores tabulae uiuo filio et adhuc inpubere aperiantur. set longe tutius est, utrumque genus substitutionis separatim in inferioribus tabulis consignari, quod, si ita consignatae uel separatae fuerint substitutiones, ut diximus, ex priore potest intellegi in altera quoque idem esse substitutus. §. 182. Non solum autem heredibus institutis inpuberibus liberis ita substituere possumus, ut si ante pubertatem mortui fuerint, sit is heres, quem nos uoluerimus, sed etiam exheredatis. itaque eo casu si quid pupillo ex hereditatibus, legatisue, aut donationibus propinquorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinet. §. 183. Quaecumque diximus de substitutione inpuberum liberorum uel heredum institutorum, uel exheredatorum, eadem etiam de postumis intellegemus. §. 184. Extraneo uero heredi instituto ita substituere non possumus, ut si heres extiterit et intra aliquod tempus decesserit, alius ei heres sit: sed hoc solum nobis permissum est, ut eum per fideicommissum obligemus, ut (*alii*) hereditatem nostram uel totam, uel (*ex*) parte restituat; quod ius quale sit, suo loco trademus.

§. 185. Sicut autem liberi homines, ita et serui tam nostri, quam alieni heredes scribi possunt. §. 186. Sed noster seruus simul et liber et heres esse iuberi debet, id est hoc modo: STICHVS SERVVS MEVS LIBER HERESQVE ESTO, uel: HERES LIBERQVE ESTO. §. 187. Nan si sine libertate heres institutus sit, etiamsi postea manumissus fuerit a domino, heres esse non potest, quia institutio in persona eius non constitit: ideoque licet alienatus sit, non potest iussu domini cernere hereditatem. §. 188. Cum libertate uero heres institutus si**quidem in eadem causa manserit*, *fit** ex testamento liber *atque* necessarius heres. si uero ab ipso testatore manumissus fuerit, suo arbitrio hereditatem adire

§. 182. §. 4. I. de pupill. substit. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIII. §. 8.
§. 183. cit. §. 4. I. de pupill. substit.
§. 184. §. 9. I. de pupill. substit. Conf. Epitome. II, 4, §. 3. item: infra §. 277. *suo loco trademus*. Vid. infra. §. 248. sq.
§. 185. Conf. pr. I. de hered. instit. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 7.
§. 186. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, cit. §. 7.
§. 187. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 12.
§. 188. §. 1. I. de hered. instit. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. §. 11. 12.

ra en cuanto á la sustitucion que llama al sustituto cuando el pupilo, aunque alcance la sucesion, fallezca antes de la pubertad, la escribimos separadamente en las tablas inferiores del testamento, teniendo cuidado de cerrar esta parte con nuestro propio hilo y sello; y de prohibir en las primeras que las últimas disposiciones sean abiertas antes de que el pupilo muera ó llegue á la pubertad. Pero es mucho mas seguro consignar separadamente al fin del testamento una y otra sustitucion, porque si las dos sustituciones han sido escritas y separadas la una de la otra, como hemos indicado arriba, se adivinará fácilmente viendo la primera sustitucion, que la misma persona es el sustituto en la segunda.

§. 182. Y no solamente podemos sustituir á los hijos impúberes instituidos, designándoles un heredero para el caso de que mueran antes de la pubertad, sino tambien á los desheredados, en cuyo caso todo lo que el pupilo adquiera por herencia, legado ó donacion de sus deudos pertenece al sustituto.

§. 183. Todo lo que hemos dicho acerca de la sustitucion de los hijos impúberes ya instituidos, ya desheredados, se aplica igualmente á los póstumos.

§. 184. Mas no sucede así cuando instituimos herederos estraños, pues entonces no podemos sustituirlos, de suerte que si obtuvieren la herencia y fallecieren dentro de cierto plazo, sea otro su heredero: lo único que en este caso está á nuestro alcance, es obligarlos por fideicomiso á que restituyan la herencia en todo ó en parte á un tercero conforme á las reglas que espondremos en su lugar.

TITULO IX.

Del modo de instituir herederos á los esclavos.

§. 185. Así como podemos instituir herederos á los hombres libres, del mismo modo podemos instituir á los esclavos, bien sean nuestros, bien sean agenos.

§. 186. Pero es indispensable que el esclavo nuestro sea declarado á un mismo tiempo libre y heredero, á saber, de esta manera: MI ESCLAVO ESTICO SEA LIBRE Y HEREDERO Ó SEA HEREDERO Y LIBRE.

§. 187. Pues si se le instituye sin declararle libre, no puede ser heredero aun cuando despues obtenga la manumision de su señor, por cuanto la institucion no tiene efecto en su persona: así es que no puede aceptar la herencia, si fuere enagenado, ni aun por órden del nuevo señor.

§. 188. Por el contrario, cuando instituimos heredero á un esclavo, y al mismo tiempo le declaramos la libertad, viene á ser por aquel testamento libre y heredero necesario, con tal que no haya mudado de condicion; pues si fuese manumitido por el

potest. quodsi alienatus sit, iussu noui domini **adire hereditatem debet*, *et ea** ratione per eum dominus fit heres: **nam ipse alienatus neque** heres, neque liber esse potest. §. 189. Alienus quoque seruus heres institutus **si in** eadem causa durauerit, iussu domini here*di*tatem adire debet; si uero alienatus fue**rit ab eo, aut uiu**o testatore, aut post mortem eius, ante**quam adeat, debet iussu noui** domini cernere. si **manumissus est antequam adeat**, suo arbitrio adire hereditatem potest. §. 190. *Si* autem seruus alienus heres institutus *est*, uulgari cretione data, ita igitur dies cretionis cede**nt si** ipse seruus scierit, se heredem institutum esse, nec ullum impedimentum sit, quominus certiorem dominum faceret, ut illius iussu cernere possit.

§. 191. Post haec uideamus de legatis. quae pars iuris extra propositam quidem materiam uidetur; nam loquimur de his iuris figuris, quibus per uniuersitatem res nobis adquiruntur: sed cum omnimodo de testamentis, deque heredibus, qui testamento instituuntur, locuti sumus, non sine causa sequenti loco poterat hae iuris materia tractari.

---

§. 192. Legatorum utique genera **sunt** quattuor: aut enim per uindicationem legamus, aut per damnationem, aut sinendi modo, aut per praeceptionem.

§. 193. Per uindicationem****************** uerbi gratia: HOMINEM STICHVM DO, LEGO. sed si******* uerbum positum sit, uelut *************** **per uin**dicationem legatum est: siue *********** *********** ita legatum fuerit, SVMITO**************** ita, CAPITO; aeque per uindicationem **legatum est*. §. 194. *Ideo au**tem per uindicationem legat*um* a*ppellatur*, q*uia* pos*t* adi*t*am hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit: et si eam rem legatarius uel ab herede, uel ab alio quocumque, qui eam possidet, petat, uindicare debet, id est, intendere, **rem suam** ex iure Quiritium esse. §. 195. In eo *uero* dissentiunt prud**entes. nam Sabinus** quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores quod ita legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret, sibi legatum esse dimissum; *s*et posteaquam scierit et *********** tum perinde esse atque si legatum

§. 189. cit. §. 1. I. de hered. instit. Conf. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 13.
§. 191. pr. I. de legat.
§. 192. Conf. §. 2. I. de legat. Epitome, II, 5. pr. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 2.
§. 193. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 3. Epitome, II, 5, §. 1. Theophilus, II, 20, §. 2.
§. 194. Conf. Theophilus, II, 20, cit. §. 2. Epitome, II, 5, cit. §. 1. L. 69. pr. de legat. 1. (ex Nostri Libr. de Legat. ad Edict. Praetor.) item infra §. 204.
§. 195. *nam Sabinus ——— non esset*. Conf. Iulianus, L. 81. §. 6. et L. 86. §. 2. de legat. 1. *Nerua uero —— ad se pertinere*. Conf. Neratius, L. 64. de furt. *cum legatus fuisset Latinus*. Conf. Plinius, Lib. X, epist. 105.

mismo testador, es árbitro de adir ó no la herencia segun le convenga, y si ha sido enagenado, debe adir la herencia por mandato de su nuevo señor; mas en este caso es el señor quien se hace heredero por medio del esclavo, en razon á que este despues de enagenado ni puede ser heredero ni hombre libre.

§. 189. Tambien el esclavo ageno instituido heredero debe adir la herencia por órden de su dueño, caso de no mudar de condicion; pero si su dueño lo enagenare en vida del testador ó despues de su muerte y antes de la adicion, debe aceptar la herencia por mandato del nuevo señor. No sucede así si fuese manumitido antes de la adicion, porque en este caso es dueño de aceptar ó no la herencia.

§. 190. Si el esclavo ageno ha sido instituido heredero con la crecion ordinaria, se contarán los dias desde el momento en que aquel tenga conocimiento de su institucion, y ningun inconveniente hay en que haga sabedor de ello á su señor, á fin de poder aceptar la herencia de órden suya.

TITULO X.

De los legados.

§. 191. Examinemos ahora los legados. Aunque esta parte del derecho sale, por decirlo así, fuera del objeto presente, puesto que ahora nos ocupamos de los modos de adquirir las cosas por universalidad; sin embargo, despues de haber hablado de los testamentos y de los herederos, no será fuera de propósito tratar de los legados.

§. 192. Hay cuatro especies de legados: legamos por *vindicacion*, por condenacion, por via de tolerancia ó permiso (*sinendi modo*) y por eleccion ó preferencia.

§. 193. Se lega por vindicacion. . . . . v. gr., de esta manera: DOY, LEGO EL ESCLAVO ESTICO. . . . . fuere legado así: ESCOGE. . . . . así: TOMA; se lega igualmente por vindicacion.

§. 194. Los legados por vindicacion se llaman así, porque despues de adida la herencia, la cosa pertenece desde luego al legatario por dominio quiritario; y si la pidiere en juicio al heredero ó á cualquiera otro que la posea, debe reivindicarla, es decir, sostener que aquella cosa es suya por derecho quiritario.

§. 195. Sin embargo, no están acordes sobre este punto las opiniones de los jurisconsultos: Sabino, Casio y los demás maestros de nuestra escuela son de parecer que los legados llegan á ser propiedad del legatario inmediatamente despues de haberse hecho la adicion de la herencia, aun cuando ignore que existe semejante legado; pero despues que tenga conocimiento de él y. . . . . entonces sucede como si no hubiese tal legado. Por

non esset. Nerua uero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si uoluerit eam ad se pertinere. Sed hodie ex diui Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti uidemur, quod Proculo placuit. nam cum legatus fuisset Latinus per uindicationem coloniae, deliberent ****** Decuriones, an ad se uelint pertinere, proinde ac si uni legatus esset. §. 196. *Tales* autem solae res per uindicationem legantur recte, quae ex iure Quiritium ipsius testatoris sunt. sed eas quidem, quae pondere, numero, mensura constant, placuit sufficere si mortis tempore sint ex iure Quiritium testatoris, ueluti uinum, oleum, frumentum, pecunia numerata. ceteras res uero placuit utroque tempore testatoris ex iure Quiritium esse debere, id est, et quo faceret testamentum, et quo moreretur: alioquin inutile est legatum. §. 197. Sed sane hoc ita est iure ciuili. postea uero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legauerit, quae eius numquam fuerit, perinde utile sit legatum, atque si optimo iure relictum esset: optumum autem ius est per damnationem legatum, quo genere etiam aliena res legari potest, sicut inferius apparebit. §. 198. Sed si quis rem suam legauerit, deinde post testamentum factum eam alienauerit, plerique putant, non solum iure ciuili inutile esse legatum, sed ne*c* ex senatusconsulto confirmari. quod ideo dictum est, quia etsi per damnationem aliquis rem suam legauerit eamque postea alienauerit, plerique putant, licet ipso iure debeatur legatum, tamen legatarium petentem per exceptionem doli mali repe*l*li, quasi contra uoluntatem defuncti petat. §. 199. Illud constat, si duobus pluribusue per uindicationem eadem res legata sit, siue coniunctim, siue disiunctim, si omnes ueniant ad legatum, partes ad singulos pertinere, et deficientis portionem collegatario adcrescere. coniunctim autem ita legatur: TITIO ET SEIO HOMINEM STICHVM DO, LEGO; d*is*iunctim ita: LVCIO TITIO HOMINEM STICHVM DO, LEGO. SEIO EVNDEM HOMINEM DO, LEGO. §. 200. Illud quaeritur, quod sub condicione per uindicationem legatum est, pendente condicione cuius esset. nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statuliberi, id est, eius serui, qui testamento sub alicua condicione liber esse iussus est: quem constat interea heredis seruum esse. sed diuers*ae* scholae auctores putant, nul-

§. 196. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 7. Epitome, II, 5, cit. §. 1. et §. 3.

§. 197. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 11.ª *sicut inferius apparebit.* Vid. §. 202. Conf. Fragm. Vatic. §. 85.

§. 198. Conf. §. 12. I. de legat.

§. 199. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 12. et L. 1. §. 3. de usufr. accresc. Epitome, II, 5, cit. §. 1. et §. §. 4. 5. Iulianus, L. 30. de condic. et demonstrat. §. 8. I. de legat.

§. 200. *Illud — — heredis esse putant.* Conf. L. 29. §. 1. qui et a quib. manumissi (ex Nostri Libr. de Manumiss.) *exemplo statuliberi — — heredis seruum esse.* Conf. Vlpianus, Fragm. II, §. §. 1. 2. et L. 9. pr. de statuliber.

el contrario, Nerva, Próculo y demas escritores de la escuela contraria piensan que la cosa no llega á ser propia del legatario hasta tanto que este haya manifestado intencion de apropiársela. Pero hoy dia, segun una constitucion de Antonino Pio, el derecho que está mas en uso es el enunciado por Próculo. Así es que si un latino ha sido legado por vindicacion á una colonia, deliberan. . . . . los decuriones, si han de aceptarlo cual si hubiese sido legado á un solo individuo.

§. 196. Un testador solo puede legar válidamente por vindicacion aquellas cosas que le pertenecen por derecho quiritario: y en cuanto á aquellas que se cuentan, pesan ó miden, basta que hayan pertenecido por derecho quiritario al testator en la época de su fallecimiento: tales son el vino, aceite, los granos y el dinero contante; pero por lo que toca á los otros objetos, se ha decidido que deben haber pertenecido por derecho quiritario al testador en una y otra época, es decir, en el momento de hacerse el testamento y cuando acaece la muerte del testador: no siendo así, el legado es inútil.

§. 197. Tales son las disposiciones del derecho civil; pero despues un senadoconsulto hecho bajo la autoridad de Neron, decidió que si alguno legaba una cosa que jamás le habia pertenecido, el legado es tan válido como si se hubiese hecho conforme al derecho óptimo. Derecho óptimo es el legado por condenacion, mediante el cual, segun veremos mas abajo, puede legarse aun la cosa que pertenece á otro.

§. 198. Cuando una persona lega un objeto suyo, y despues de hecho el testamento lo enagenare, se cree generalmente que el legado no solo es inútil segun el derecho civil, sino que tampoco puede ser validado por el senadoconsulto. Y hé aquí en qué se funda esta opinion: aun en el caso mismo de que un legado sea hecho por condenacion, si el testador viniere despues á enagenar la cosa legada, creen generalmente los jurisconsultos que si bien el legado obliga en derecho, con todo el legatario que reclame la cosa puede ser rechazado por la escepcion de dolo, fundada en que la demanda es contraria á la voluntad del difunto.

§. 199. En lo que no cabe duda es en que si una cosa ha sido legada por vindicacion á dos ó mas personas, conjunta ó separadamente, cuando todos estos legatarios se presentan, cada uno de ellos adquiere su parte, y la del que falta acrece á los demas colegatarios. Se lega conjuntamente de esta manera: DOY, LEGO EL ESCLAVO STICHO A TICIO Y A SEYO: y separadamente: DOY, LEGO EL ESCLAVO STICHO A LUCIO TICIO. DOY, LEGO EL MISMO ESCLAVO A SEYO.

§. 200. Suscítase ahora la duda de á quien pertenece la cosa legada condicionalmente por vindicacion, ínterin no se cumpla la condicion impuesta. Enseñan nuestros maestros que la cosa

lius interim eam rem esse: quod multo magis dicunt de eo, quod sine condicione pure legatum est, antequam legatarius admittat legatum.

§. 201. Per damnationem hoc modo legamus: HERES MEVS STICHVM SERVVM MEVM DARE DAMNAS ESTO. sed et si DATO scriptum sit, per damnationem legatum est. §. 202. *Quo* genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres redimere et praestare, aut aestimationem eius dare debeat. §. 203. Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, uelut fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit. §. 204. Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per uindicationem legatum, continuo legatario adquiritur, sed nihilominus heredis est. ideo legatarius in personam agere debet, id est, intendere, heredem sibi dare oportere: et tum heres (*rem*), si mancipi sit, mancipio dare, aut in iure cedere, possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit. nan si mancipi rem tantum tradiderit, nec mancipauerit, usucapione **demum** pleno iure fit legatarii. **finitur** autem *usu*capio, **ut supra quoque** diximus, mobilium quidem rerum anno, earum uero, quae solo tenentur, biennio. §. 205. Est et ********* — — — — — — — — — — **si eadem res** duobus pluribusue per damn*at*ionem legata sit, si quidem coniunctim, plane singulis parte*s* debentur ************ ****************** **si ue**ro disiunctim, singulis solida res debe*tur*, ut scilicet heres alteri rem, alteri aestimationem eius praestare debeat. et in coniunctis deficientis portio non ad collegatarium pertinet, sed in hereditate remanet.

§. 206. Quod autem diximus, deficientis portionem (*in*) per damnationem quidem legato in hereditate retiner*i*, in per uin-

§. 201. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 4. Epitome, II, 5, §. 2. Theophilus, II, 20, §. 2.

§. 202. Conf. supra §. 197. item Epitome, II, 5, cit. §. 2. et. §. 3. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 8. §. 4. I. de legat.

§. 203. §. 7. I. de legat. Conf. Epitome, II, 5, cit. §. 3.

§. 204. *Quod — — — tradere debet.* Conf. supra §. 194. infra §. 213. *ideo legatarius in personam agere debet.* Conf. Theophilus, II, 20, cit §. 2. *nam si mancipi rem — — legatarii.* Conf. supra §. 41. *ut supra quoque diximus.* Vid. §. §. 42. 44. 54.

§. 205. *si eadem res — — partes debentur.* Conf. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 13. Epitome, II, 5, §. 4. Paulus, L. 7. de legat. 2. Iulianus, L. 84. §. 8. de legat. 1. *si uero — solida res debetur.* Conf. Vlpianus, loc. cit. Epitome, II, 5, §. 5. *ut scilicet — praestare debeat.* Conf. Epitome, II, 5. cit. §. 5. L. un. §. 11. C. de caduc. tollend. (Iustinian.) Pomponius, L. 13. §. 1. de legat. 2. Iulianus, L. 82. §. 5. de legat. 1. *et in coniuntis* etc. Conf. Vlpianus, loc. cit. item cit. L. 7. et cit. L. 84. §. 8. Conf. Fragm. Vatic. §. 85. 87.

§. 206. *Quod — — — caduca fit.* Conf. supra §. §. 199. et 205. item Vlpianus, Fragm. XXIV, cit. §. §. 12. 13. *et ad eos pertinet* etc. Conf. Vlpianus, Fragm. XXV, §. 17. Iuvenalis, Sat. IX, vers. 88. Fragm. veter. ICti de Iure Fisci, §. 3. item infra §. 286. Conf. Fragm. Vatic. §. 195.

pertenece al heredero como en el caso del *statu liberi*, es decir, del esclavo á quien por testamento se ha concedido la libertad bajo condicion, el cual indudablemente pertenece en el entretanto al heredero. Pero los autores de la escuela contraria opinan que en el intermedio la cosa no pertenece á nadie: lo que con mucha mas razon, segun ellos, debe decirse de la cosa legada puramente y sin condicion, mientras que el legatario no la aceptare.

§. 201. Legamos por condenacion de esta manera: QUE MI HEREDERO SEA CONDENADO A DAR MI ESCLAVO STICHO; y aun cuando solo se diga: QUE MI HEREDERO DE, siempre el legado será por condenacion.

§. 202. Se puede legar de esta manera aun la cosa de otro, y en tal caso el heredero debe comprarla y entregarla ó dar su valor.

§. 203. Tambien puede legarse por condenacion la cosa que no existe en la naturaleza, con tal que pueda existir algun dia, por ejemplo, los frutos que produjere tal fundo, los hijos que nazcan de tal ó cual esclava.

§. 204. La cosa legada de esta manera aun cuando sea puramente, no se adquiere por el legatario acto continuo de adida la herencia, como sucede en los legados por vindicacion, sino que por el contrario continúa perteneciendo al heredero. Por lo tanto, el legatario debe obrar en contra de la persona del heredero, es decir, sostener que debe entregarle la cosa legada: entonces, si la cosa es *mancipi*, el heredero debe poner en posesion de ella al legatario mancipándosela ó cediéndosela judicialmente; pero si es cosa *non mancipi* basta la simple tradicion. Porque si el heredero entregase simplemente una cosa *mancipi* sin manciparla, el legatario no llegaría á ser propietario de ella hasta tanto que la adquiriese por usucapion, y, segun ya hemos esplicado, las cosas muebles se usucapen por un año de posesion, y las inmuebles necesitan dos.

§. 205. . . . Cuando una misma cosa ha sido legada por condenacion á dos ó mas personas: si el legado se ha hecho conjuntamente, el heredero debe á cada uno de los legatarios la parte que le toque. . . . . pero si una misma cosa ha sido legada separadamente á muchas personas, cada una de ellas tiene derecho á la totalidad del legado; de manera que el heredero deberá entregar á una la cosa y á las otras el valor de ella. Y finalmente, en estos legados cuando se hacen conjuntamente, la porcion del que falta no acrece al colegatario, sino que permanece en la herencia.

§. 206. Al decir que en los legados por condenacion la porcion del legatario que falta no acrece al colegatario, al paso que sucede precisamente lo contrario en los legados por vindicacion,

dicationem uero collegatario accrescere, admonendi sumus, ante legem Papiam iure ciuili ita fuisse: post legem uero Papiam deficientis portio caduca fit, et ad eos pertinet, qui in eo testamento liberos habent. §. 207. Et quamuis prima causa sit in caducis uindicandis heredum liberos habentium, deinde, si heredes liberos non habeant, legatariorum liberos habentium; tamen ipsa lege Papia significatur, ut collegatarius coniunctus, si liberos habeat, potior sit heredibus, etiamsi liberos habebunt. §. 208. Set plerisque placuit, quantum ad hoc ius, quod lege Papia coniunctis constituitur, nihil interesse, utrum per uindicationem, an per damnationem legatum sit.

§. 209. Sinendi modo ita legamus: HERES MEVS DAMNAS ESTO SINERE, LVCIVM TITIVM HOMINEM STICHVM SVMERE SIBIQVE HABERE. §. 210. Quod genus legati plus quidem habet (*quam*) *per* uindicationem legatum; minus autem, quam per damnationem. nam eo modo non solum suam rem testator utiliter legare potest, sed etiam heredis sui: cum alioquin per uindicationem nisi suam rem legare non potest; per damnationem autem cuiuslibet extranei rem legare potest. §. 211. Sed siquidem mortis testatoris tempore re*s* ipsius testatoris sit, uel heredis, plane utile legatum est, etiamsi testamenti faciundi tempore neutrius fuerit. §. 212. Quodsi post mortem testatoris ea res heredis esse coeperit, quaeritur, an utili si legatum. e*t* plerique putant inutile esse. quid ergo est? licet aliquis eam rem legauerit, quae neque eius *u*mquam fuerit, neque postea heredis eius umquam esse coeperit, ex senatusconsulto Neroniano proinde uidetur, ac si per damnationem relicta esset. §. 213. Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed manet heredis eousque, donec is heres tradendo, uel mancipando, uel in iure cedendo legatarii eam fecerit; ita et in sinendi modo legato iuris est: et ideo huius quoque legati nomine in personam actio est, QVIDQVID HEREDEM EX TESTAMENTO DARE FACERE OPORTET. §. 214. Sunt tamen, qui putant, ex hoc legato non uideri obligatum heredem, ut mancipet, aut in iure cedat, aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur, quia nihil ultra

§. 207. *Et———legatariorum liberos habentium.* Conf. Vlpianus, Fragm. I. §. 21. ubi cum Ms. Vatic. *legatarii patres* legendum esse ex hoc Gaji loco intelligitur. *ut collegatarius coniunctus* etc. Conf. Paulus, L. 89. de legat. 3.

§. 209. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 5. Epitome, II, 5, §. 6. Theophilus, II, 20, §. 2.

§. 210. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 10. Epitome, II, 5. cit. §. 6.

§. 212. *licet aliquis* etc. Hic locus Epitomatores movisse videtur, ut Lib. II. tit. 5. cit. §. 6. sic scriberent: Nam et propriam rem testator, et heredis sui, *et alienam* per sinendi legatum relinquere potest.

§. 213. *Sicut———legatarii eam fecerit,* Conf. supra §. 204. *ideo—in personam actio est.* Conf. Theophilus, II, 20, cit. §. 2.

§. 214. Conf. Epitome, II, 5, cit. §. 6.

debemos prevenir que tal era lo que disponia el derecho civil antes de la ley Papia; pero despues de esta ley la porcion de que hablamos se hace caduca (*caduca fit*), y pertenece á las personas inscriptas en el testamento que tengan descendencia.

§. 207. Y aunque en la reivindicacion de las cosas caducas sean atendidos en primer lugar los herederos con hijos, y en su defecto los legatarios que los tuvieren; sin embargo, la misma ley Papia dispone que en el legado hecho conjuntamente el colegatario con descendencia sea preferido aun á los herederos que la tuvieren.

§. 208. Y en cuanto á esta última disposicion de la ley Papia, es igualmente aplicable, segun la opinion mas general, al legado por vindicacion y al que se hace por condenacion.

§. 209. Legamos por via de tolerancia (*sinendi modo*) en esta forma: QUE MI HEREDERO SEA CONDENADO A TOLERAR QUE LUCIO TICIO TOME Y ADQUIERA PARA SI AL ESCLAVO STICHO.

§. 210. Esta especie de legado tiene mas latitud que el legado por vindicacion, pero menos que el por condenacion: pues el testador puede legar válidamente por este medio no solo las cosas suyas, sino tambien las de su heredero, al paso que por vindicacion solo puede legar sus cosas, y por condenacion hasta las de un estraño.

§. 211. Basta para que este legado sea útil, que la cosa perteneciese ya al testador, ya al heredero en la época del fallecimiento de aquel, aun cuando no fuese propiedad de uno ni de otro al tiempo de hacerse el testamento.

§. 212. Se cuestiona si el legado obliga cuando la cosa no ha llegado á ser propiedad del heredero hasta despues de la muerte del testador, y generalmente se decide que en este caso el legado es inútil. ¿Por qué, pues, así, cuando segun el senadoconsulto Neroniano, hasta el legado de una cosa que ni fué nunca propiedad del testador, ni el heredero la ha hecho despues suya, tiene sin embargo el mismo efecto que si fuese un legado por condenacion?

§. 213. Tanto en el legado por via de tolerancia como en el legado por condenacion, la cosa no es propiedad del legatario al punto de adida la herencia, sino que continúa perteneciendo al heredero hasta que este transfiera su dominio al legatario por tradicion, mancipacion ó cesion judicial. De consiguiente este legado dá orígen á una accion contra la persona del heredero, cuya fórmula es esta: ES NECESARIO QUE EL HEREDERO DÉ Y EJECUTE TODO LO PREVENIDO EN EL TESTAMENTO.

§. 214. Opinan sin embargo algunos autores que este legado no impone al heredero la obligacion de mancipar, entregar ó ceder judicialmente la cosa, sino que solo basta, para cumplir la disposicion del testamento, tolerar que el legatario se la apropie, puesto que el testador solamente ha exigido que el heredero per-

ei testator imperauit, quam ut sinat, id est, patiatur, legatarium rem sibi habere. §. 215. Maior illa dissensio in hoc legato interuenit, si eandem rem duobus pluribusue disiunctim legasti. quidam putant, utrisque solidum deberi, sicut per *damna*tionem: nonnulli occupantis esse meliorem condicionem aestimant; quia, cum in eo genere legati damnetur heres patientiam praestare, ut legatarius rem habeat, sequitur, ut si priori patientiam praestiterit et is rem sumpserit, securus sit aduersus eum, qui postea legatum petierit, quia neque habe*t* rem, ut patiatur eam ab eo sumi, neque dolo malo fecit, quominus eam rem haberet.

§. 216. Per praeceptionem hoc modo legamus: LVCIVS TITIVS HOMINEM STICHVM PRAECIPITO. §. 217. Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant, nisi ei, qui aliqua ex parte heres scriptus es*t*: praecipere enim esse, praecipuum sumere; quod tantum in eius persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is extra portionem hereditatis praecipiat legatum, (*quod*) habiturus sit. §. 218. Ideoque si extraneo legatum fuerit, inutile est legatum. adeo ut Sabinus existimauerit, ne quidem ex *senatusconsulto* Neroniano posse conualescere: nam eo, inquit, senatusconsulto ea tantum confirmantur, quae uerborum uitio iure ciuili non ualent; non quae propter ipsam personam legatarii non deberentur. sed Iuliano e*t* Sexto placuit, etiam hoc casu ex senatusconsulto confirmari legatum: nam ex uerbis etiam hoc casu accidere, ut iure ciuili inutile sit legatum, *i*nde manifestum es*se*, quod eidem aliis uerbis recte legatur, uelut p*er* uindicationem, per damnationem, sinendi modo: tunc autem uitio personae legatum non ualere, cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, uelut peregrino, cum quo testamentifactio non sit; quo plane casu senatusconsulto locus non est. §. 219. Item nostri praeceptores quod ita legatum est, nulla ratione putant posse consequi eum, cui ita fuerint legatum, qu*am* iudicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est, diuidunda accipi solet: officio enim iudicis id contineri, ut et quod per praeceptionem legatum est, adiudicetur. §. 220. Vnde intellegimus, nihil aliud secundum nostrorum praeceptorum opinionem per praeceptionem legari posse nisi quod testatoris sit: nulla enim

§. 215. *quidam putant, utrisque solidum deberi.* Conf. Celsus, L. 14. de usu et usufr. per legat. dat.

§. 216. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 6. Theophilus, II, 20, §. 2.

§. 217. Conf. Theophilus, II, 20, cit. §. 2. Epitome, II, 5, §. 7. item Plinius, Lib. V, epist. 7.

§. 218. *quae uerborum uitio iure ciuili non ualent.* Conf. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 11.[a] *sed Iuliano* etc. Conf. Iulianus, L. 18. de legat. 1.

§. 219. Conf. Theophilus, II, 20, cit. §. 2.

§. 220. *Vnde — — testatoris sit.* Conf. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 11. *itaque si non suam rem* etc. Conf. L. 26. et L. 28. fam. herc. (ex Nostri Commentar. ad Edict. prov.)

mita, es decir, tolere que el legatario se apodere de la cosa legada.

§. 215. Mayor es aun la divergencia de opiniones en los legados de esta especie, cuando se lega separadamente una cosa á dos ó mas personas: unos jurisconsultos quieren que, cual en los legados por condenacion, la cosa se deba por completo á cada uno de los colegatarios: otros, que ha de ser preferido el primero de los legatarios que se apodere de ella, porque como en este legado solo se impone al heredero la obligacion de sufrir pacientemente que el legatario tome la cosa legada, de ahí es que despues de haber permitido al primer colegatario que se presente á posesionarse de ella, debe estar al abrigo de cualquiera demanda posterior, pues no estando ya en su poder aquel objeto, mal podrá permitir que ningun otro lo tome, y por otra parte no ha obrado con dolo para no tener aquella cosa.

§. 216. Legamos por eleccion en esta forma: QUE LUCIO TICIO TOME (PRIMERAMENTE) PARA SI EL ESCLAVO STICHO.

§. 217. Los maestros de nuestra escuela piensan que no se puede legar de esta manera sino á los instituidos herederos en parte de la herencia, pues (*præcipere*) es tomar primeramente (*præcipuum sumere*), y esto no puede entenderse sino del heredero instituido en una porcion de la herencia, el cual antes de tomar su parte en la sucesion, apartará para sí la cosa legada por eleccion.

§. 218. Por lo tanto es inútil el legado hecho á un estraño, y segun la opinion de Sabino ni aun puede hacerse válido por el senadoconsulto Neroniano; porque, dice él, este senadoconsulto no hace válidos sino aquellos legados que no lo son, segun el derecho civil, por el vicio de los términos, mas no aquellos que no se deben por causa de la persona del legatario. Juliano y Sexto opinan, sin embargo, que aun en este caso se confirma el legado por el senadoconsulto; pues si tal legado es inútil segun el derecho civil, esta nulidad resulta igualmente del vicio de los términos, siendo como es evidente que se podria legar válidamente á la misma persona empleando otras palabras, por ejemplo, legando por vindicacion, por condenacion ó por via de tolerancia. Por lo tanto un legado no es inútil por la persona á quien se lega, sino cuando esta persona no pueda adquirir de ninguna manera el legado, por ejemplo, un extranjero con el cual no se dá testamentifaccion; y es evidente que en semejante caso no tiene lugar el senadoconsulto mencionado.

§. 219. Piensan tambien nuestros maestros que una cosa legada de esta manera, no puede ser adquirida por el legatario sino por la accion *familiæ erciscundæ*, es decir, por la accion de *particion de herencia*, la cual compete á los herederos: siendo tambien, segun ellos, atribucion del juez en el juicio de particion adjudicar igualmente la cosa legada por eleccion.

§. 220. Por donde colegimos que segun la opinion de nuestros maestros no es permitido legar por eleccion sino lo que es

alia res, quam hereditaria, deducitur in hoc iudicium. itaque si non suam rem eo modo testator legauerit, iure quidem ciuili inutile erit legatum; sed ex *s*enatusconsulto confirmabitur. aliquo tamen casu etiam alienam rem (*per*) praeceptionem legari posse fatentur: ueluti si quis eam rem legauerit, quam creditori fiduciae causa mancipio dederit; nam officio iudicis coheredes cogi posse existimant, soluta pecunia soluere eam rem, ut possit p*rae*cipere *is*, cui ita legatum sit. §. 221. *S*ed diue*r*sae, sc*h*olae auctores putant, etiam extraneo per praeceptionem legari posse proinde, ac si ita scribatur: TITIVS HOMINEM STICHVM CAPITO; superuacuo adiecta PRAE syllaba: ideoque per *uindicationem eam rem* legatam uideri. quae sententia dicitur diui Hadriani constitutione confirmata esse. §. 222. Secundum hanc igitur opinionem, si ea res (*ex*) iure Quiritium defuncti fuerit, po*test* a legatario uindicari, siue is unus ex heredibus sit, siue extraneus. *s*et si in bonis tantum testatoris fuerit, extraneo quidem ex senatusconsulto utile erit legatum, heredi uero familiae herciscundae iudicis officio praestabitur. quodsi nullo iure fuerit testatoris, tam heredi, quam extraneo ex senatusconsulto utile erit (*legatum*). §. 223. Siue tamen heredibus, secundum nostrorum opinionem, siue etiam extraneis, secundum illorum opinionem, duobus pluribusue eadem res coniunctim, aut disiunctim legata fuerit, singul*i* partes habere debent.

Ad legem Falcidiam. §. 224. Sed ol*i*m quidem licebat, totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quidquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere uidebatur, qua cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his uerbis: VTI LEGASSIT SVAE REI, ITA IVS ESTO. qua*r*e qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebat; et idcirco plerique intestati moriebantur. §. 225. Itaque lata est lex Furia, qua, exceptis personis quibusdam, ceteris plus mile as*s*ibus legatorum nomine

§. 223. Conf. Epitome, II, 5, cit. §. 7.

§. 224. Conf. pr. I. de leg. Falcid. VTI — ESTO. Conf., praeter Inst. et Theophilum, Pomponius, L. 120. de verb. signif. Nov. 22. cap. 2. Vlpianus, Fragm. XI, §. 14. Cicero, de Invent. Lib. II. cap. 50. Auctor ad Herenn. Lib. I, cap. 13. Paulus, L. 53. pr. de verb. signif.

§. 225. Conf. cit. pr. I. de leg. Falcid. *Itaque — — — permissum non est.* Conf. infra Commentar. IV. §. §. 23. 24. item Vlpianus, Fragm. I, §. 2. XXVIII, §. 7. Theophilus, II, 22. pr. Fragmenta Varronis e Lib. III. de Vita pop. Rom. pag. Bip. 247. in fin. Cicero, pro Balbo, cap. 8; in Verrem, Lib. I. cap. 42. *sed et haec lex non perfecit* etc. Conf. Theophilus, loc. cit. Conf. Fragm. Vatic. §. 301.

del testador, pues solo la cosa hereditaria puede deducirse en este juicio de particion (*familiæ erciscundæ*); y así, si el testador legase de esta manera una cosa que no le pertenece, el legado es inútil por el derecho civil, pero puede hacerse válido por el senadoconsulto. Confiesan, sin embargo, que en algun caso es dado legar por eleccion aun la cosa de otro: por ejemplo, si alguno lega una cosa que hubiese dado en mancipio á su acreedor á título de prenda, pues entonces creen que entra en las atribuciones del juez el obligar á los herederos á que desempeñen la cosa solventando el crédito, á fin de que el legatario pueda obtener por eleccion el objeto legado.

§. 221. Pero los autores de la escuela contraria juzgan que el legado hecho por eleccion á un estraño es válido, como el que se hace en estos términos: QUE TICIO TOME AL ESCLAVO STICHO; porque considerando inútil la palabra *præ*, tienen el legado como hecho por vindicacion, parecer que ellos suponen confirmado por una constitucion del emperador Adriano.

§. 222. Segun esta misma opinion, si el objeto legado perteneciese al testador por derecho quiritario, puede reivindicarlo el legatario, sea ó no al mismo tiempo heredero; pero si la cosa estuviere tan solo en los bienes del testador, entonces el senadoconsulto hace válido el legado para el legatario estraño, y el juez en el juicio de particion para el legatario que sea tambien heredero. Por último, si la cosa no fuese absolutamente del testador, el senadoconsulto validará el legado tanto para el legatario estraño como para el legatario heredero.

§. 223. Mas cuando una misma cosa ha sido legada por eleccion conjunta ó separadamente á dos ó mas legatarios que sean al mismo tiempo herederos segun nuestra opinion, ó aunque sean estraños segun la de la escuela contraria, cada uno de ellos debe tomar la parte que le toque.

TITULO XI.

De la ley Falcidia.

De la ley falcidia. §. 224. Antiguamente era lícito consumir en legados y manumisiones la totalidad del patrimonio, de tal manera que nada quedase al heredero fuera del vano título de tal. Así parecia autorizarlo la ley de las Doce Tablas al disponer que se llevase á efecto cualquiera disposicion testamentaria que uno hiciese de sus cosas; hé aquí las palabras de la ley. DE CUALQUIER MODO QUE UNO DISPUSIERE DE SU COSA, TENGASE ASÍ POR LEY. De aquí resultaba que los herederos instituidos se abstenian de la herencia, muriendo por lo tanto intestados muchos de los que de aquel modo disponian de sus bienes.

§. 225. Publicóse, pues, la ley Furia, segun la cual los legatarios y los donatarios *mortis causa*, á escepcion de ciertas

mortisue causa capere permissum non est. sed et haec lex non perfecit, quod uoluit. qui enim verbi gratia quinque milium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis milenos asses legando totum patrimonium erogare. §. 226. Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisue causa capere liceret, quam heredes caperent. ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere uidebantur; set tamen fere uitium simile nascebatur: nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio, poterat adeo heredi minimum relinquere (*testator*), ut non expediret heredi, huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere. §. 227. Lata est itaque lex Falcidia, qua cautum est, ne plus legare liceat, quam dodrantem. itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat. et hoc *nunc* iure utimur. §. 228. In libertatibus quoque dandis nimiam licentiam compescuit lex Furia Caninia, sicut in primo commentario rettulimus.

**** De inutiliter relictis legatis. §. 229. Ante *h*eredis institutionem *in*utiliter legatur, scilicet quia testamenta uim ex institutione heredis accipiunt, et ob id uelut caput et fundamentum intellegitur totius testamenti heredis institutio. §. 230. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari potest. §. 231. Nostri praeceptores nec tutorem eo loco dari posse existimant: set Labeo et Proculus tutorem posse dari (*putant*), quod nihil ex hereditate erogatur tutoris datione. §. 232. Post mortem quoque heredis inutiliter legatur; id est hoc modo: CVM HERES MEVS MORTVVS ERIT DO, LEGO; aut: DATO. Ita autem recte legatur: CVM HERES MORIETVR: quia non post mortem heredis relinquitur, sed ultimo uitae eius tempore. Rursum ita non potest legari: PRIDIE QVAM HERES MEVS MORIETVR. quod non pretiosa ratione receptum uidetur. §. 233. Eadem et de libertatibus

§. 226. Conf. cit. pr. I. de leg. Falcid. ibique Theophilus. Cicero, in Verrem, Lib. I, cap. 43. item infra §. 274.

§. 227. Conf. cit. pr. I. de leg. Falcid. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 32. Epitome, II, 6.

§. 228. Conf. supra Commentar. I. §. 42. sq.

§. 229. §. 34. I. de legat. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 15. Paulus, Sent. recept. III, 6, §. 2.

§. 230. cit. §. 34. I. de legat. Conf. Vlpianus, Fragm. I. §. 20.

§. 231. *set Labeo* etc. Conf. §. 3. I. qui testam. tutor. dar. poss.

§. 232. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 16. Paulus, Sent. recept. III, 6, §. §. 5. 6. §. 35. I. de legat. item Commentar. III. §. 100. *pretiosa rationa*, Conf. Commentar. I. §. 190.

§. 233. Conf. Vlpianus, Fragm. I, §. 20.

personas, no podian tomar de la herencia como tales mas de mil *ases* ó libras. Pero esta ley no llenaba su objeto, porque el poseedor de una fortuna de cinco mil libras, por ejemplo, podia consumirla toda instituyendo cinco legatarios diferentes, á cada uno de los cuales dejase solo mil libras.

§. 226. Por lo tanto promulgóse despues la ley Voconia que prohibia á los legatarios y donatarios *mortis causa* recibir mas cantidad de la herencia que los herederos. Favoreciendo en apariencia esta ley á los últimos, presentaba, sin embargo, tantos inconvenientes como la primera, porque podia el testador, distribuyendo su patrimonio entre un gran número de legatarios, hacer tan mínima la parte del heredero, que no creyese éste conveniente aceptar las cargas de la sucesion por tan reducido provecho.

§. 227. En su consecuencia se adoptó al cabo la ley Falcidia, por cuyas disposiciones no pueden esceder los legados de las tres cuartas partes de los bienes del testador, siendo por tanto necesario que el heredero obtenga al menos la otra cuarta parte, y así se observa hoy.

§. 228. En cuanto á la manumision de los esclavos por testamento, la ley Furia Caninia le puso restricciones que ya dejamos espuestas en el primer comentario.

TITULO XII.

De los legados inútiles.

§. 229. Es inútil el legado que se hace antes de la institucion de heredero; porque los testamentos no tienen valor alguno sino en virtud de la institucion, la cual se considera como principio y base de todo el testamento.

§. 230. Por igual razon no puede concederse la libertad antes de la institucion de heredero.

§. 231. Los maestros de nuestra escuela creen que ni aun puede nombrarse tutor válidamente antes de la institucion, mientras que Labeon y Próculo opinan por el contrario que es válido este nombramiento, por cuanto al hacerlo nada se sustrae de la herencia.

§. 232. Tambien es inútil el legado hecho para despues de la muerte del heredero, como por ejemplo: DOY Ó LEGO LUEGO QUE HAYA MUERTO MI HEREDERO; ó bien: QUE EL DE. Mas el legado siguiente será válido: CUANDO HAYA DE MORIR MI HEREDERO, porque en este caso no se deja para despues de la muerte del heredero sino para el último tiempo de su vida. Tampoco puede legarse de este modo: LA VISPERA DEL DIA EN QUE MUERA MI HEREDERO: decision que no se apoya en ninguna razon sólida.

§. 233. Esto mismo debe entenderse acerca de las manumisiones.

dicta intellegemus. §. 234. Tutor uero an post mortem heredis dari possit quaerentibus eadem forsitan poterit esse quaestio, quae de (*eo*) agitatur, qui ante heredum institutionem datur. (*De*) poenae causa relictis legatis. §. 235. Poenae quoque nomine inutiliter legatur. poenae autem nomine legari uidetur, quod coercendi heredis causa relinquitur, quo magis heres aliquid faciat, aut non faciat; uelut quod ita legatur: SI HERES MEVS FILIAM SVAM TITIO IN MATRIMONIVM COLLOCAVERIT, X (MILIA) SEIO DATO; uel ita: SI FILIAM TITIO IN MATRIMONIVM NON COLLOCAVERIT, X MILIA TITIO DATO. sed et, si heres uerbi gratia intra biennium monumentum sibi non fecerit, x Titio dari iusserit, poenae nomine legatum ***** *itaq*ue ex ipsa definitione multas similes species ****** fingere possumus. §. 236. Nec libertas quidem poenae nomine dari potest; quamuis de ea re fuerit quaesitum. §. 237. De tutore uero nihil possumus quaerere, quia non potest datione tutoris heres compelli, quidquam facere, aut non facere: ideoque nec datur *poenae* *nomi*ne tutor; (*et si*) datus fuerit, magis sub condicione, quam *poenae* nomine datus uidebitur. §. 238. Incertae personae legatum inutiliter relinquitur. incerta autem uidetur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subiicit, *uel***ut si** *ita legatum* sit: QVI PRIMVS AD FVNVS MEVM VENERIT, (EI HERES) MEVS X (MILIA) DATO. idem iuris est si generaliter omni*bus* legauerit, quicumque ad funus meum uenerint. i*n* *ea*dem causa est, quod ita relinquitur: QVICVMQVE FILIO MEO IN MATRIMONIVM FILIAM SVAM COLLOCAVERIT, EI HERES MEVS X MILIA DATO. illud quoque in eadem causa est, quod ita relinquitur: QVI POST TESTAMENTVM CONSVLES DESIGNATI ERVNT: (*nam*) aeque incertis personis legari uidetur. et denique aliae multae huiusmodi species sunt. Sub certa uero demonstratione incertae personae recte legatur; uelut: EX COGNATIS MEIS, QVI NVNC SVNT, QVI PRIMVS AD FVNVS MEVM VENERIT, EI X MILIA HERES MEVS DATO. §. 239. Libertas quoque non uidetur incertae personae dari posse, quia lex Furia Caninia iubet nominatim seruos liberari. §. 240. Tutor quoque certus dari debet. §. 241. Postumo quoque alieno inutiliter legatur. **est autem** alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori futurus non est. ideoque ex emancipato *quo*que filio conceptus nepos extraneus **********

§. 234. Conf. supra §. 231. item Paulus, L. 7. de testamentar. tut.

§. 235. *Poenae* — — — TITIO DATO. §. 36. I. de legat. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 17.

§. 236. Conf. cit. §. 36. I. de legat.

§. 238. Conf. infra §. 287. item §. 25. I. de legat. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 18. Paulus, Sent. recept. III, 6, §. 13.

§. 239. Conf. cit. §. 25. I. de legat. item supra ad Commentar. I. notam §. 45. pag. 85.

§. 240. Conf. §. 27. I. de legat.

§. 241. *Postumo* — — — *nepos extraneus.* §. 26. I. de legat. Conf. infra §. 287.

§. 234. Y si tratásemos de inquirir si puede nombrarse tutor para despues de la muerte del heredero, quizá se suscitaria la misma controversia que existe sobre el nombramiento de tutor hecho antes de la institucion de heredero.

§. 235. Tambien es inútil el legado que se deja á título de pena. Se consideran dejados á título de pena los legados que se hacen para obligar al heredero á que haga ó deje de hacer alguna cosa, como cuando se lega de este modo: SI MI HEREDERO NO CASARE A SU HIJA CON TICIO, DE DIEZ MIL A SEYO: ó de este otro: SI NO CASARE A SU HIJA CON TICIO, DE DIEZ MIL A TICIO. Lo mismo sucedería si se mandase al heredero que en el caso de no labrar un sepulcro para sí en el término de dos años, diese diez mil á Ticio; y así de otras muchas especies semejantes que con arreglo á la definicion pueden imaginarse.

§. 236. Tampoco puede darse la libertad á título de pena, por mas que se hayan suscitado disputas sobre este punto.

§. 237. En cuanto á la designacion de tutor no hay lugar á dudas ni cuestiones, porque esta designacion no puede forzar al heredero á que haga ó deje de hacer alguna cosa, y por tanto no se dá tutor á título de pena; mas si se nombrase alguno de este modo, se le consideraría mas bien como tutor dado bajo condicion.

§. 238. Es inútil el legado que se deja á persona incierta. Considéranse como tales las personas de quienes no se ha formado el testador idea precisa, como si legase de este modo: AL PRIMERO QUE CONCURRA A MIS FUNERALES, DELE DIEZ MIL MI HEREDERO. Lo mismo se entiende si legase en general para todos los que concurran á sus funerales. En el mismo caso está el legado que se deja de este modo: A CUALQUIERA QUE CASARE A SU HIJA CON MI HIJO, DELE DIEZ MIL MI HEREDERO. Tambien el que se deja de este otro: A LOS QUE FUEREN DESIGNADOS CÓNSULES DESPUES DE HECHO MI TESTAMENTO; porque semejantes legados se consideran igualmente como hechos á inciertas personas, y así otros muchos de la misma especie. Mas cuando se hace designacion cierta, vale el legado que se deja á indestinada persona, por ejemplo: A AQUEL DE MIS PARIENTES ACTUALES QUE CONCURRA EL PRIMERO A MIS FUNERALES, LE DARA DIEZ MIL MI HEREDERO.

§. 239. Tampoco parece que puede conferirse la libertad á persona incierta, porque la ley Furia Caninia ordena que la manumision de los esclavos se ha de hacer nominalmente.

§. 240. La tutela debe encargarse igualmente á persona cierta.

§. 241. Tambien es inútil el legado hecho á un póstumo ageno. Se entiende por póstumo ageno aquel que al nacer no ha de contarse entre los herederos *suyos* del testador. Por tanto el pós-

*************** *est eius* ********************************* *uxor* extraneus postumus patri contingis. §. 242. Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona. §. 243. Cetera vero, qu*ae* supra diximus, ad legata proprie pertinent. quamquam non inmerito quibusdam placeat, poenae nomine heredem institui non posse: nihil enim intererit, utrum legatum dare iubeatur heres, si fecerit aliquid, aut non fecerit, an coheres ei adiiciatur; quia tam heredis adiectione, quam legati datione compellitur, ut aliquid contra propositum suum faciat.

§. 244. An ei, qui in potestate sit eius, quem heredem instituimus, recte legemus, quaeritur. Seruius recte legari probat, sed euanescere legatum si, quo tempore dies legatorum cedere solet, adhuc in potestate si*t*: ideoque siue pure legatum sit et uiuo testatore in potestate heredis esse desierit, siue sub condicione et ante condicionem id acciderit, deberi legatum. Sabinus et Cassius sub condicione recte legari, pure non recte putant: licet enim uiuo testatore possit desinere in potestate heredis esse, ideo tamen inutile legatum intellegi oportere, quia quod nullas uires habiturum foret si statim post testamentum factum decessisset testator, hoc ideo ualere quia uitam longius traxerit, absurdum esse*t*. diuersae scholae auctores nec sub condicione recte legari (*putant*), quia quos in potestate habemus, eis non magis sub condicione, quam pure debere possumus. §. 245. Ex diuerso constat, ab eo, qui in potestate (*tua*) est, herede instituto recte tibi legari: sed si tu per eum heres extiteris, euanescere legatum, quia ipse tibi legatum debere non possis; si uero filius emancipatus, aut seruus manumissus erit, uel in alium translatus, et ipse heres extiterit, aut alium (*heredem*) fecerit, deberi legatum.

§. 246. Hinc transeamus ad fideicommissa.

§. 247. Et prius de hereditatibus uideamus. §. 248. Inprimis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis heres recto iure instituatur, eiusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat: alioquin inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur. §. 249. Verba autem utilia fideicommisso-

§. 242. Conf. supra Commentar. I. §. 147. et infra huj. Commentar. §. 287. item §. 28. I. de legat. et pr. I. de bonor. possess.

§. 243. *quae supra diximus.* Vid. §. §. 229. 232. 235. *quamquam non inmerito* etc. Conf. §. 36. I. de legat.

§. 244. *An — — quaeritur.* Conf. §. 32. I. de legat. *Sabinus — putant.* Conf. cit. §. 32. I. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 23. *licet enim — — — absurdum esset.* Conf. cit. §. 32. I.

§. 245. Conf. §. 33. I. de legat. item Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 24. ubi tollendam esse negationem jam Cujacius monuit.

§. 246. pr. I. de fideicomm. heredit.

§. 247. cit. pr. I. de fideicomm. heredit.

§. 248. §. 2. I. per fideicomm. heredit. Conf. Epitome, II, 7, pr.

§. 249. §. 3. I. de singul. reb. per fideicomm. relict. Conf. Vlpianus, Fragm. XXV, §. 2. Paulus, Sent. recept. IV, 1, §. 6.

tumo de un hijo mancipado se considera ageno. . . . .

§. 242. Tampoco puede ser instituido heredero el póstumo ageno, porque se le considera como persona incierta.

§. 243. Lo que antes hemos dicho pertenece propiamente á los legados. Esto no obstante, algunos autores han creido no sin razon que no puede instituirse heredero á título de pena, porque poco importa que lo que se mande al heredero, si hace ó deja de hacer algo, sea que entregue un legado ó que admita un coheredero, pues que tanto en un caso como en otro resulta que se le obliga á hacer alguna cosa contra su voluntad.

§. 244. Dispútase sobre la validez del legado hecho á una persona sometida á la potestad del heredero instituido. Servio considera que es válido, pero que dejará de serlo, si el legatario subsiste aun bajo la potestad del heredero en la época ordinaria de pagar los legados. Y por lo tanto, que obliga el legado ora se deje puramente y saliere el legatario de la potestad del heredero antes de la muerte del testador, ora bajo condicion y saliere antes de cumplirse esta. Sabino y Casio consideran útil este legado, si se hace bajo condicion, y nulo si se hiciere puramente, pues aun cuando puede el legatario salir de la potestad del heredero en vida del testador, esto no obsta para haber por nulo este legado, porque sería absurdo que lo que ninguna fuerza habría tenido si hubiese muerto el testador al concluir el testamento, la adquiera despues porque viva mas largo tiempo. Los autores de la escuela opuesta juzgan que ni aun bajo condicion es válido este legado, por cuanto ni puramente ni bajo condicion podemos deber nada á los que tenemos en nuestra potestad.

§. 245. Por el contrario aprovecha el legado que se nos deje instituyendo heredero á un individuo sometido á nuestra potestad; pero si nos constituimos herederos en su lugar, entonces se desvanece el legado, por cuanto no podemos exigirlo de nosotros mismos; mas si se trata de un hijo mancipado ó de un esclavo manumitido ó transferido á otro señor, y que percibiere la herencia por sí mismo ó la hiciese percibir á otro, en todos estos casos es válido el legado.

TITULO XIII.

De las herencias fideicomisarias.

§. 246. Pasemos ahora á tratar de los fideicomisos.

§. 247. Y ocupémonos en primer lugar de las herencias.

§. 248. Importa sobre todo que se nombre en el testamento un heredero directo, á cuya fé se cometa la restitucion de la herencia á un tercero, pues que faltando la institucion de heredero directo, sería nulo el testamento.

§. 249. Las fórmulas válidas de los fideicomisos y las que

rum haec recte maxime in usu esse uidentur: PETO, ROGO, VOLO, FIDEICOMMITTO, quae proinde firma singula sunt, atque si omnia in unum congesta sint. §. 250. Cum igitur scripserimus: (LVCIVS) TITIVS HERES ESTO, possumus adiicere: ROGO TE, LVCI TITI, PETOQVE A TE, VT, CVM PRIMVM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, GAIO SEIO REDDAS, RESTITVAS. possumus autem et de parte restituenda rogare; et liberum est, uel sub condicione, uel pure relinquere fideicommissa, uel ex die certa. §. 251. Restituta autem hereditate, is, qui restituit, nihilominus heres manet, is uero, qui recipit hereditatem, aliquando heredis loco est, aliquando legatarii. §. 252. *Oli*m *autem* ne*c* heredis loco e*r*at, nec legatarii, sed potius emptoris. tunc enim in *u*su erat, ei, cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa uenire; et quae stipulationes (*inter uenditorem hereditatis et emptorem interponi solent*, *eaedem interponebantur*) inter heredem et eum, cui restituebatur hereditas, id est, hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo, cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset, siue quid alias bona fide dedisse*t*, eo nomine inde*m*nis e*s*set, et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, u*t* recte defenderetur: ille uero, qui recipiebat hereditatem, inuice*m* stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem peruenisset, id sibi restitueretur; ut etiam pateretur, eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi. §. 253. Sed posterioribus temporibus, Trebellio Maximo et Annaeo Seneca Consulibus, senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut *s*i cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, actiones, quae iure ciuili heredi et in heredem competerent, (*ei*) et in eum darentur, cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. post quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi. Praetor enim utiles actiones ei et in eum, qui recepit hereditatem, quasi heredi et in heredem dare coepit: *e*aeque in edicto proponuntur. §. 254. Sed rursus quia heredes scripti, cum aut totam hereditatem, aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum, aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa, Pegaso et Pusione (*Consulibus*) senatus censuit, ut ei, qui rogatus es*se*t hereditatem restituere, perinde liceret, quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retine*re* conceditur. ex singulis quoque rebus, quae per fidei-

§. 250. cit. §. 2. I. de fideicomm. heredit. *possumus autem — rogare.* Conf. Epitome, II, 7, pr. Vlpianus, Fragm. XXV, §. 11.
§. 251. §. 3. I. de fideicomm. heredit.
§. 252. Conf. Theophilus, II, 23, §. 3.
§. 253. §. 4. I. de fideicomm. heredit.
§. 254. §. 5. I. de fideicomm. heredit. *senatus — — — retinere conceditur.* Conf. Epitome, II, 7, pr. *per quod senatusconsultum etc.* Conf. Vlpianus, Fragm. XXV, §. §. 14. 15.

están mas en uso son las siguientes: PIDO, RUEGO, QUIERO, ENCARGO A LA FE, cualquiera de las cuales tiene por sí sola tanto valor, como si todas estuviesen refundidas en ella.

§. 250. Así, despues de haber escrito: SEA LUCIO TICIO MI HEREDERO, podemos añadir: RUEGOTE Y PIDOTE, LUCIO TICIO, QUE LUEGO QUE PUEDAS ADIR MI HERENCIA, SE LA VUELVAS Ó RESTITUYAS A GAYO SEYO. Tambien podemos rogar al heredero que restituya parte de la herencia solamente, siendo además libres de dejar los fideicomisos puramente ó bajo condicion ó desde cierto dia.

§. 251. No porque restituya la herencia, deja de ser heredero el que la restituye; empero el que la recibe, á veces es considerado como heredero, á veces como legatario.

§. 252. Antiguamente no se le consideraba como heredero ni como legatario sino mas bien como comprador, porque entonces estaba en uso que aquel á quien se restituia la herencia, la comprase dando por ella cierto precio ficticio en una venta imaginaria y de pura fórmula; y todas aquellas estipulaciones que tenian lugar entre el vendedor y el comprador de la herencia, se practicaban tambien entre el heredero y la persona á quien debia restituir la herencia: hé aquí como se efectuaba esto: el heredero estipulaba de la persona á quien debia restituirse la herencia, que él sería irresponsable y libre de cuanto se hubiese visto obligado á satisfacer como tal heredero, así como de todo lo que en otro concepto hubiese entregado de buena fé, ó invertido para su defensa en litigios sobre asuntos de la herencia; y á su turno dicha persona estipulaba del heredero que éste le restituiría cuanto hubiese adquirido por la herencia, y además le permitia proseguir las acciones hereditarias á título de su procurador ó agente.

§. 253. Pero posteriormente, siendo cónsules Trebelio Máximo y Anneo Séneca, se previno por un senadoconsulto que las acciones concedidas por el derecho civil al heredero y contra él, compitiesen á aquel á quien se hubiese restituido la herencia en virtud del fideicomiso; con lo cual dejaron de usarse despues de este senadoconsulto las cauciones de que antes hemos hecho mérito, pues el pretor empezó á dar acciones útiles en pró y en contra del que recibia la herencia, como se daban á favor y en contra del heredero, disponiéndolo así en el edicto.

§. 254. Mas como de ordinario se rogase á los herederos instituidos que restituyesen toda ó casi toda la herencia, y estos rehusasen aceptarla por el poco ó ningun lucro que les proporcionaba, resultando de aquí que quedaban sin efecto los fideicomisos, estableció el Senado, siendo cónsules Pegaso y Pusion, que pudiese el heredero encargado de restituir la herencia, retener para sí la cuarta parte, del mismo modo que respecto de los legados lo dispuso la ley Falcidia. Igual retencion está tambien permitida sobre cada uno de los objetos dejados en parti-

commissum relinquuntur, eadem retentio permissa est. per quos senatusconsultum ipse (*heres*) onera hereditaria sustinet: ille autem, qui ex fideicommisso reliquam partem hereditatis recipit, legatarii partiarii loco est, id est, eius legatarii, cui pars bonorum legatur; quae species legati partitio uocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem. unde effectum est, ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponantur inter eum, qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem, et heredem, id est, ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit. §. 255. Ergo siquidem non plus, quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano senatusconsulto restituitur hereditas, et in utrumque actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem iure ciuili, in eum uero, qui recepit hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano. quamquam heres etiam pro ea parte, quam restituit, heres permanet, eique et in eum solidae actiones competunt: sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet. §. 256. At si quis plus quam dodrantem, uel etiam totam hereditatem restituere rogatus sit, locus est Pegasiano senatusconsulto. §. 257. Set is, qui semel adierit hereditatem, si modo sua uoluntate adierit, siue retinuerit quartam partem, siue noluerit retinere, ipse uniuersa onera hereditaria sustinet: set quarta quidem retenta, quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent, tamquam inter partiarium legatarium et heredem; si uero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et uenditae hereditatis stipulationes interponendae sunt. §. 258. Set si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat, eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cauetur *Peg*asiano senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu Praetoris adeat et restituat, perindeque ei et in eum, qui receperit, actiones dentur, ac iuris est ex senatusconsulto Trebelliano. quo casu nullis stipulationibus opus est, quia simul et huic, qui restituit, securitas datur, et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur, qui receperit hereditatem. §. 259. Nihil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus aut totam hereditatem, aut pro parte restituere rogetur, an ex parte heres institutus aut totam eam partem, aut partis partem restituere rogetur: nam et hoc

§. 255. *Ergo — — — ex senatusconsulto Trebelliano.* §. 6. I. de fideicomm. heredit. Conf. Vlpianus, Fragm. XXV, cit. §. 14.

§. 256. cit. §. 6. I. de fideicomm. heredit. Conf. Vlpianus, Fragm. XXV, cit. §. 14.

§. 257. cit. §. 6. I. de fideicomm. heredit.

§. 258. cit. §. 6. I. de fideicomm. heredit. *Set — — — senatusconsulto Trebelliano.* Conf. Vlpianus, Fragm. XXV, §. 16.

§. 259. §. 8. I. de fideicomm. heredit.

cular por fideicomiso. En virtud de este senadoconsulto pesan sobre el heredero todas las cargas de la herencia, y aquel que en virtud del fideicomiso recibe el resto de ella, es considerado como un colegatario ó legatario parcionero (*legatarius partiarius*), esto es, como un legatario á quien se lega parte de los bienes, cuya especie de legado se llama *particion*, porque el legatario parte la herencia con el heredero. De aquí ha resultado que esten en uso entre el heredero y el que recibe la herencia en virtud del fideicomiso, las mismas estipulaciones que entre el heredero y el legatario parcionero, es decir, que participen ambos proporcionalmente así del lucro como del daño hereditario.

§. 255. Por consiguiente cuando no escede de las tres cuartas partes de la herencia lo que se ruega al heredero que restituya, se hace la restitucion segun el senadoconsulto Trebeliano, y las acciones hereditarias competen á ambos en proporcion á sus respectivas partes de herencia; al heredero segun el derecho civil, y al que recibe la herencia segun aquel senadoconsulto. Esto no obstante, el heredero es considerado como tal aun respecto de la parte que restituye, y á él y contra él competen las acciones en totalidad; pero ni pesan las cargas sobre él, ni se le dan ulteriores acciones sino en tanto que la herencia le reporte ventajas.

§. 256. Empero si se ruega al heredero que restituya mas de las tres cuartas partes de la herencia ó toda ella, entonces tiene lugar el senadoconsulto Pegasiano.

§. 257. Una vez adida voluntariamente la herencia por el heredero, pesan sobre él todas las cargas hereditarias, sea que retenga para sí la cuarta parte ó que no la retenga; pero en el primer caso deben intervenir las mismas estipulaciones *quasi partis et pro parte* que entre el heredero y el legatario parcionero; y en el segundo estipulaciones semejantes á las de herencia comprada y vendida.

§. 258. No obstante, si el heredero instituido rehusase adir la herencia sospechando que puede serle perjudicial, dispone el senadoconsulto Pegasiano que á peticion de aquel á quien debiera restituir la herencia y por mandato del pretor la ada y la restituya, y que las mismas acciones concedidas por el senadoconsulto Trebeliano competan en este caso al que recibe la herencia y contra él, sin que haya necesidad de estipulacion alguna, por cuanto se dan garantias al que restituye la herencia, y al mismo tiempo se transfieren al que la recibe las acciones hereditarias activas y pasivas.

§. 259. No hay diferencia alguna entre el heredero de la totalidad, á quien se ruegue que restituya el todo ó parte de la herencia, y el heredero de una parte á quien se encargue la restitucion completa ó incompleta de su parte; porque aun en este

casu de quarta parte eius partis ratio ex Pegasiano senatusconsulto haberi solet.

§. 260. Potest autem quisque etiam res singulas per fideicommissum relinquere, uelut fundum, hominem, ues*tem*, argentum, pecuniam; et uel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, uel legatarium, quamuis a legatario legari non possit. §. 261. Item potest non solum propria testatoris res per fideicommissum relinqui, sed etiam heredis, aut legatarii, aut cuiuslibet alterius. itaque et legatarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quae ei legata sit, sed etiam de alia, siue ipsius legatarii, siue aliena sit. sed hoc solum obseruandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ce*per*it. nam quod amplius est, inutiliter relinquitur. §. 262. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ips*a*m redimere et praestare, aut aestimationem **eius** soluere; s*icut iu*ri*s *est**, *si* per damnationem aliena res legata sit. sunt tamen, qui putant, si rem per fideicommissum relictam dominus non uendat, extingui fideicommissum; sed aliam esse causam per damnationem legati.

§. 263. Libertas quoque seruo per fideicommissum dari potest, ut uel heres rogetur manumittere, uel legatarius. §. 264. **Nec interest, utrum de suo proprio seruo testator** roget, an de eo, qui ipsius heredis **aut lega**tarii, uel etiam extranei sit. §. 265. Itaque et alienus ser*u*us redimi et manumitti debet. quod **si dominus eum non uen**dat, sane **extinguitur libertas, quia pro libertate pre*t*ii computatio nulla interuenit. §. 266. Qui autem ex fideicommisso manumittitur, non testatoris fit **libertus, etiamsi te**statoris **seruus sit, sed eius, qui manumi*t*tit. §. 267. At qui directo testamento liber esse iubetur, *uel*ut hoc *modo*: ST*ICHVS

§. 260. pr. I. de singul. reb. per fideicomm. relict. *Potest — — pecuniam.* Conf. Epitome II, 7, §. 1. *vel legatarium* etc. Conf. infra §. 271. item Epitome, II, 7, §. 3. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 20.

§. 261. §. 1. I. de singul. reb. per fideicomm. relict. *Item — — alterius.* Conf. Epitome, II, 7, §. 4. Vlpianus, Fragm. XXV, §. 5. *sed hoc solum* etc. Conf. Epitome, II, 7, §. 5.

§. 262. *Cum — — — soluere.* cit. §. 1. I. de sing. reb. p. fid. rel. Conf. Epitome, II, 7, §. 6. *sicut — legata sit.* Conf. Epitome, loc. cit.

§. 263. §. 2. I. de singul. reb. per fideicomm. relict. Conf. Epitome, II, 7, §. 7. Vlpianus, Fragm. XXV, §. 18. II, §. 7.

§. 264. cit. §. 2. I. de sing. reb. p. fid. rel. Conf. Epitome, II, 7, cit. §. 7. Vlpianus, Fragm. II, §. 10. item infra §. 272.

§. 265. *Itaque — — uendat.* cit. §. 2. I. de sing. reb. p. fid. rel. *Itaque — manumitti debet.* Conf. Epitome, II, 7. cit. §. 7. *quodsi dominus* etc. Conf. Epitome, loc. cit. Vlpianus, Fragm. II, §. 11. cit. §. 2. I.

§. 266. cit. §. 2. I. de sing. reb. p. fid. rel. Conf. Vlpianus, Fragm. II, §. 8. Epitome, II, 7, cit. §. 7.

§. 267. cit. §. 2. I. de sing. reb. p. fid. rel. *At — — — fit libertus.* Conf. Vlpianus, Fragm. II, §. §. 8. 7. *Nec alius ullus* etc. Conf. Vlpianus, Fragm. I, §. 23. item infra §. 272.

caso suele tener aplicacion el senadoconsulto Pegasiano respecto á la cuarta parte.

TITULO XIV.

De las cosas singulares dejadas por fideicomiso.

§. 260. Tambien pueden dejarse por fideicomiso objetos particulares como un fundo, un esclavo, un vestido, la plata, el dinero, encargando la restitucion bien al mismo heredero, bien al legatario, aun cuando no sea permitido legar por medio de este.

§. 261. El testador puede dejar tambien por fideicomiso no solo las cosas que le pertenecen, sino tambien las del heredero ó legatario y aun las de cualquiera otra persona. Del mismo modo puede encargar al legatario no solo la restitucion de la cosa legada sino la de cualquiera otra, sea ó no propia suya, observando solamente que á ninguno debe encargársele restituya mas de lo que él mismo recibiere por testamento, pues que en tal caso sería nula la disposicion relativamente al esceso.

§. 262. Cuando se deja por fideicomiso una cosa agena, es necesario que aquel á quien se encarga su restitucion la compre y la entregue, ó que satisfaga su estimacion, segun está establecido respecto del legado de cosa agena por *condenacion*. Algunos autores creen, sin embargo, que se estingue el fideicomiso, si el dueño de la cosa legada no quiere venderla, si bien no sucede lo mismo respecto del legado por *condenacion*.

TITULO XV.

De la libertad concedida por fideicomiso.

§. 263. Tambien puede darse á un esclavo la libertad por fideicomiso, rogando al heredero ó legatario que lo manumita.

§. 264. Importa poco que el testador haga la súplica respecto de un esclavo suyo ó propio del heredero, del legatario y aun de cualquier estraño.

§. 265. Por consiguiente el esclavo estraño debe ser comprado y manumitido, pero si no quiere venderlo su señor, se estingue el fideicomiso, porque la libertad no admite precio equivalente.

§. 266. Mas el esclavo manumitido por fideicomiso no se hace liberto del testador, aun cuando fuera suyo, sino de aquel que lo manumite.

§. 267. Por el contrario, el manumitido directamente en testamento se hace liberto del testador, por ejemplo: SEA LIBRE

SERVVS MEVS LIBER ESTO, *uel* STICHVM* SER*VVM MEVM LIBERVM ESSE IVBEO, *is ipsius testa**toris fit libertus. Nec alius directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris **ex iure Quiritium fuerit*, *et quo faceret** testamentum, et quo moreretur.

——— ——— ——— ——— §. 268. Multum autem diff*erunt* quae per fideicommissum rel*inquun*tur, ab his, qu*ae* directo iure legantur. §. 269. Nam ecce per fideicommissum ****** heredis relinqui potest: cum alioquin legatum *** *********** inutile sit. §. 270. Item intestat*us* moriturus potest ab eo, ad quem bona eius pertinent, f*ideicommissum* alicui relinquere: cum alioquin **legatum nisi testamento** *facto* **inutile sit. codicillis enim reli**c*tum* non aliter ualet, quam si a testatore confirmati fuerint, id est, nisi in testamento caue*rit* testator, ut quidquid in codicillis scripserit, id ratum sit: fideicommissum uero etiam non confirmatis codicillis relinqui potest. §. 271. Item a legatario legari non potest: sed fideicommissum relinqui potest. quin etiam ab eo quoque, cui per fideicommissum relinquimus, rursus alii per fideicommissum relinquere possumus. §. 272. Item seruo alieno directo libertas dari non potest: sed per fideicommissum potest. §. 273. Item codicillis nemo heres institui potest, neque exheredari, quamuis testamento confirmati sint. at hic, qui testamento heres institutus est, potest codicillis rogari, ut eam hereditatem alii totam, uel ex parte restituat, quamuis testamento codicilli confirmati non sint. §. 274. Item mulier, quae ab eo, qui centum milia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest. §. 275. Latini quoque, qui hereditates legataqu*e* directo iure lege Iunia capere prohibentur,

§. 268. Conf. Epitome, II, 7, §. 8. verb. Praeterea inter fideicommissa etc.

§. 270. Conf. Epitome, II, 7, cit. §. 8. verb. Item legatum etc. Vlpianus, Fragm. XXV, §. §. 4. 8. Paulus, Sent. recept. IV, 1, §. 10. Consultatio, cap. 6. (Vid. Ius. civ. pag. 1487.) §. 10. I. de fideicomm. heredit. §. 1. I. de codicill.

§. 271. *Item — relinqui potest.* Conf. supra §. 260. item Epitome, II, 7. cit. §. 8. verb. Item per legatarium etc. *quin etiam* etc. Conf. Epitome, II, 7, §. 2. §. 1. I. de singul. reb. per fideic. relict.

§. 272. Epitome, II, 7, cit. §. 8. verb. Item per legatum etc. Conf. supra §. §. 264. et 267.

§. 273. Epitome, II, 7, cit. §. 8. verb. Item per codicillos etc. Conf. §. 2. I. de codicill.

§. 274. Conf. supra §. 226. *mulier — — institui non potest.* Conf. Cicero, in Verrem, Lib. I. cap. 42. pro Balbo, cap. 8. de Republ. Lib. III, cap. 10. Asconius, in Verrin. Lib. I, cap. 41. (ed. a. 1675. pag. 98.) Dio Cassius, Lib. LVI, cap. 10. Augustinus, de Civit. Dei, Lib. III, cap. 21. Gellius, Lib. XX, cap. 1. *tamen fideicommisso* etc. Conf. Cicero, de Finib. Lib. II, cap. 17.

§. 275. Conf. supra Commentar. I. §. §. 23. 24. et loci ibi allegati, imprimis, Vlpianus, Fragm. XXV. §. 7. item huj. Commentar. §. 110.

MI ESCLAVO ESTICO, ó bien: MANDO QUE SEA LIBRE MI ESCLAVO ESTICO. Pero para obtener directamente la libertad por testamento, es necesario que el esclavo pertenezca al testador por derecho quiritario, no solo cuando hizo el testamento, sino tambien al tiempo de su muerte.

TITULO XVI.

Diferencia entre los fideicomisos y lo que se deja directamente.

§. 268. Hay gran diferencia entre las cosas que se dejan por fideicomiso y las que se dejan directamente.

§. 269. En efecto, puede dejarse por fideicomiso. . . . . del heredero; al paso que el legado. . . . . es inútil.

§. 270. Además el que muere intestado, puede dejar á otro un fideicomiso por medio de la persona á quien pertenecen sus bienes, en tanto que sin testamento es inútil el legado, pues el que se deja en codicilo no vale si no se halla confirmado por testamento, es decir, si no ratifica en él el testador lo determinado en el codicilo, cuando por el contrario el fideicomiso puede dejarse aun en codicilos no confirmados por testamento.

§. 271. Por otra parte no se puede legar por medio del legatario; pero puede dejarse un fideicomiso no solo por medio de él, sino igualmente por medio de aquel á quien se deja alguna cosa tambien por fideicomiso.

§. 272. Tampoco está en nuestra mano conceder directamente la libertad al esclavo ageno, al paso que podemos hacerlo por fideicomiso.

§. 273. Asimismo no se puede instituir heredero ni desheredar en codicilos aunque estén confirmados por testamento; pero es válido aun en codicilos no confirmados rogar al heredero instituido en testamento que restituya á otro el todo ó parte de la herencia.

§. 274. Tambien la mujer que, segun la ley Voconia, no puede ser instituida heredera por aquel que en el censo contare con una fortuna de cien mil libras (*centum millia æris*), puede no obstante recibir la herencia dejada por fideicomiso.

§. 275. Igualmente los Latinos, á quienes la ley Junia pro-

ex fideicommisso capere possunt. §. 276. Item cum senatusconsulto prohibitum sit, proprium seruum minorem annis XXX liberum et heredem instituere, plerisque placet, posse nos iubere liberum esse cum annorum XXX erit, et rogare, ut tunc illi restituatur hereditas. §. 277. Item quamuis non (*possimus*) post mortem eius, qui nobis heres extiterit, alium in locum eius heredem instituere, tamen possumus eum rogare, ut, cum morietur, alii eam hereditatem totam, uel ex parte restituat. et quia post mortem quoque heredis fideicommissum dari potest, idem efficere possumus et si ita scripserimus: CVM TITIVS HERES MEVS MORTVVS ERIT, VOLO HEREDITATEM MEAM AD PVBLIVM MAEVIVM PERTINERE. utroque autem modo, tam hoc, quam illo, Titium heredem *nostrum* obligatum relinqui*mus* de fideicommisso restituendo. §. 278. Praeterea legata (*per*) formulam petimus: fideicommissa uero Romae quidem aput Consulem, uel aput eum Praetorem, qui praecipue *de* fideicommissis ius dicit, persequimur; in prouinciis uero aput praesidem provinciae. §. 279. Item de fideicommissis semper in urbe ius dicitur: de legatis uero, cum res aguntur. §. 280. Fideicommissorum usurae et fructus debentur, si modo moram solutionis fecerit, qui fideicommissum debebit: legatorum uero usurae non debentur; idque rescripto diui Hadriani significatur. scio tamen Iuliano placui*s*se, in eo legato, quod sinendi modo relinquitur, idem iuris esse, quod in fideicommissis: quam sententiam et his temporibus magis obtinere video. §. 281. Item legata graece scripta non ualent: fideicommissa uero ualent. §. 282. Item si legatum per damnationem relictum heres infi*ti*ctur, in duplum cum eo agitur: fideicommissi uero nomine semper in simplum persecutio est. §. 283. Item (*quod*) quisque ex fideicommisso plus debito per errorem soluerit, repetere potest: at id, quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. idem scilicet iur*i*s est de eo legato, quod non debitum uel ex hac, uel ex illa causa per errorem solutum fuerit.

§. 284. Erant etiam aliae differentiae, quae nunc non sunt. §. 285. Vt ecce peregrini poterant fide*i*commissa *ca*pere: et fere haec fuit origo fide*i*commiss*orum*. sed postea id prohibitum est;

§. 276. *Item* — — *instituere*. Conf. supra Commentar. I. §. 18.

§. 277. Conf. supra §. 184. item Epitome, II, 7, cit. §. 8. verb. Item quamuis etc. *Item* — — — *dari potest*. Epitome, loc cit.

§. 278. Conf. Vlpianus, Fragm. XXV, §. 12.

§. 280. *Fideicommissorum* — — — *non debentur*. Conf. Epitome, II, 7, cit. §. 8. verb. Praeterea et in hoc etc.

§. 281. Conf. Vlpianus, Fragm. XXV, §. 9.

§. 282. *Item* — — *agitur*. Conf. infra Commentar. IV. §. 9. item §. ult. I. de obligationib. quasi ex contractu. Epitome, II, 7, cit. §. 8. in fin.

§. 283. *idem scilicet iuris est* etc. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIV, §. 33, ubi, ut ex hoc Gaji loco apparet, bene se habet negatio a Schultingio sollicitata. Conf. etiam cit. §. ult. I. de oblig. quasi ex contr.

§. 285. *Vt* — — *fideicommissorum*. Conf. Theophilus, II, 23, §. 1.

hibe recibir los legados y herencias dejados directamente, pueden no obstante recibirlos por fideicomiso.

§. 276. Del mismo modo aunque está prohibido por un senadoconsulto instituir libre y heredero al esclavo propio menor de treinta años, es sin embargo opinion generalmente recibida que podemos mandar que sea libre cuando cumpla los treinta años, y rogar que entonces se le restituya la herencia.

§. 277. Además, aun cuando no podamos para despues de la muerte de nuestro heredero instituir otro en su lugar, podemos sin embargo rogarle que restituya á otro el todo ó parte de la herencia luego que muera. Y puesto que puede darse el fideicomiso despues de la muerte del heredero, tambien podríamos hacerlo en esta forma: LUEGO QUE MI HEREDERO TICIO MUERA, QUIERO QUE PERTENEZCA MI HERENCIA A PUBLIO MEVIO, pues que tanto de un modo como de otro dejamos á nuestro heredero obligado á la restitucion del fideicomiso.

§. 278. Hacemos la reclamacion judicial de los legados por una accion especial (*per formulam*); en tanto que los fideicomisos los reclamamos en Roma ante el cónsul ó ante el pretor encargado particularmente de ellos, y ante el presidente en las provincias.

§. 279. Cualquier tiempo es hábil en Roma para tratar en juicio de los fideicomisos, mientras que no puede tratarse de los legados sino en las épocas determinadas.

§. 280. Cuando el que debe un fideicomiso fuere moroso en su entrega, debe abonar los intereses y los frutos, al paso que por la demora en entregar los legados no hay que pagar los intereses segun resulta de un rescripto del emperador Adriano. No ignoro, sin embargo, que Juliano decidió se observase respecto del legado *por via de tolerancia* lo mismo que acerca de los fideicomisos se halla establecido, y que esta decision se observa todavía generalmente en nuestro tiempo.

§. 281. Son nulos los legados escritos en lengua griega, mas no así los fideicomisos.

§. 282. Cuando el heredero rehusa entregar un legado hecho *por condenacion*, se dá contra él accion al duplo, mientras que cuando se trata de un fideicomiso, la accion es siempre sencilla.

§. 283. Si equivocadamente pagare alguno mas de lo que debia por fideicomiso, tiene accion para reclamar el escedente; pero no puede repetirse lo que se pagare de mas por causa falsa en el legado *por condenacion*. Lo mismo se halla establecido respecto del legado indebido que por cualquier causa se hubiese pagado erróneamente.

§. 284. Habia además otras diferencias que ya no existen.

§. 285. En efecto, antiguamente podian los extranjeros percibir los fideicomisos, siendo este tal vez su orígen; pero despues se les negó esta facultad: al presente reivindica el fisco se-

et nunc ex oratione diui Hadriani senatusconsultum factum est, ut ea fideicommissa fisco uindicarentur. §. 286. Caelibes quoque, qui per legem Iuliam hereditates legataque capere prohibentur, olim fideicommissa uidebantur capere posse. Item orbi, qui per legem Papiam ob id, quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa uidebantur capere posse. Sed postea senatusconsulto Pegasiano perinde fideicommissa quoque, ac legata hereditatesque capere posse prohibiti sunt. eaque translata sunt ad eos, qui testamento liberos habent, aut si nullos liberos habebunt, ad populum, sicuti iuris est in legatis et in hereditatibus. §. 287. Eadem aut simili ex causa autem olim incertae personae, uel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamuis neque heres institui, neque legari ei possit. sed senatusconsulto, quod auctore diuo Hadriano factum est, idem in fideicommissis, quod in legatis hereditatibusque, constitutum est. §. 288. Item poenae nomine iam non dubitatur, nec per fideicommissum quidem relinqui posse.

§. 289. Set quamuis in multis iuris partibus longe latior causa sit fideicommissorum, quam eorum, quae directo relinquuntur; in quibusdam tantumdem ualeant: tamen tutor non aliter testamento dari potest, quam directo, ueluti hoc modo: LIBERIS MEIS TITIVS TVTOR ESTO, uel ita: LIBERIS MEIS TITIVM TVTOREM DO: per fideicommissum uero dari non potest.

§. 286. *Caelibes — — prohibentur.* Conf. supra §. §. 111. et 114. item Vlpianus, Fragm. XIII. XVII, §. 1. XXII, §. 3. L. 1. C. Theod. de infirm. poen. caelibat. et orbit. (Constantin. M.) L. 1. C. Iust. eod. Sozomenus, Hist. ecclesiast. Lib. I, cap. 9. *orbi — — perdunt.* Conf. supra §. 111. item Vlpianus, Fragm. XIII. cit. L. 1. C. Theod. cit. L. 1. Cod. Iust. Sozomenus, loc. cit. Iuvenalis, Sat. IX, vers. 83. 87. 88. *qui testamento liberos habent* etc. Conf. supra §. §. 206. 207. 150. et loci ibi allegati.

§. 287. *quamuis neque heres institui, neque legari ei possit.* Conf. supra §. §. 238. 241. 242. *idem in fideicommissis* etc. Conf. §. 25. I. de legat. et Vlpianus, Fragm. XXV, §. 13.

§. 288. Conf. Vlpianus, Fragm. XXV, cit. §. 13.

§. 289. *tutor — — DO.* Conf. supra Commentar. I. §. 149.

COMMENTARII SECUNDI FINIS.

mejantes fideicomisos en virtud de un senadoconsulto hecho á propuesta del emperador Adriano.

§. 286. Tambien parece que antiguamente los célibes, á quienes estaba prohibido por la ley Julia recibir herencias ni legados, podian no obstante recibir los fideicomisos. Asimismo *los que no tienen hijos* (*orbi*), y que segun la ley Papia pierden por esta causa la mitad de las herencias y de los legados, podian en otro tiempo recibir por completo los fideicomisos. Mas despues el senadoconsulto Pegasiano les quitó toda capacidad de percibir tanto los fideicomisos como los legados y las herencias, transfiriendo los primeros á las personas inscritas en el testamento que tuviesen descendencia, y no teniéndola, al pueblo segun se observa en los legados y en las herencias.

§. 287. Por igual ó semejante causa se podia antiguamente dejar un fideicomiso á persona incierta ó al póstumo estraño, aun cuando no podian estas personas recibir herencias ni legados. Mas un senadoconsulto adoptado con aprobacion de Adriano, decidió que se observasen en estos casos respecto de los fideicomisos las mismas disposiciones que acerca de las herencias y de los legados.

§. 288. Además, no admite duda que nada puede ya dejarse ni aun por fideicomiso á título de pena.

§. 289. Pero aunque generalmente sea mas lato el derecho respecto de los fideicomisos que de lo que se deja directamente, é igual en ciertos casos, no puede sin embargo darse tutor en testamento sino de un modo directo, á saber: SEA TICIO TUTOR DE MIS DESCENDIENTES, ó así: DOY A MIS DESCENDIENTES POR TUTOR A TICIO: mas nunca puede darse tutor por fideicomiso.

FIN DEL COMENTARIO SEGUNDO.

NOTAS

DEL COMENTARIO SEGUNDO.

§. 7. El motivo de que no pudiese haber lugares religiosos en las provincias, consistia en que el dueño de un terreno situado en ellas tenia solamente la posesion y el usufructo, pues que la propiedad pertenecia al pueblo romano ó al emperador. Ahora bien, para hacer religioso un lugar, hubiera sido preciso obtener el consentimiento del pueblo romano ó del emperador; pero como esto era muy difícil, solo se buscaba el consentimiento del dueño del terreno, resultando de aquí que semejante lugar no podia llamarse religioso sino por una especie de analogía.

§. 14. *In fine.* De servitutibus in Epitome legitur hic locus: Incorporalia etiam sunt jura praediorum urbanorum uel rusticorum. *Praediorum urbanorum jura sunt: stillicidia; fenestrae; cloacae; altius erigendæ domus, aut non erigendae; et luminum; ut ita quis fabricet, ut vicinae domui lumen non tollat. Praediorum uero rusticorum jura sunt: uia; uel iter, per quod pecus aut animalia debeant deambulare, uel ad aquam duci; et aquaeductus: quae similiter incorporalia sunt.* Haec jura tam rusticorum, quam urbanorum praediorum servitutes appellantur. Conf. infra §. 31.

§. 15. Parece que se daba el nombre de *mancipi* á las cosas que mas valian en Italia. En efecto, los fundos rurales y todo lo que con ellos tenia relacion, era lo de mas precio para los antiguos romanos; tales eran los *Praedia Italica, seruitutes praediorum rusticorum, serui, quadrupedes quae dorso colloue domantur*; y es de presumir que si los camellos no se contaban en el número de las cosas *mancipi*, mas provenia esto de que no eran indígenas de Italia, que de que fuesen *ferae bestiae.*

Una cosa *mancipi* no podia llegar á ser propiedad quiritaria de otra persona sino por uno de los modos de adquirir del derecho civil (la mancipacion). Las cosas no *mancipi* bastaba que se adquiriesen de cualquier modo.

§. 22. La cesion judicial es posterior á la mancipacion, y puede ser considerada como un equivalente de la tradicion. Así es que se emplea siempre que la tradicion es imposible respecto de todas las servidumbres (§. 28 de este coment.); respecto del usufructo (§. 30 del mismo coment.), y de la herencia (§. §. 34—38. id.).

§. 27. Una parte de este pasaje se puede restablecer del modo siguiente: *In summa* admonendi sumus, *nexum Italici soli proprium jus* esse, prouincialis soli nexum non *esse: recipit enim nexus* significationem solum non aliter, *quam si* mancipi *est*, prouinciale *vero* nec mancipi *est*.

§. 31. Se ha reconocido que el usufructo vá unido á la persona del usufructuario, y que por consiguiente no puede este enagenarlo: por otra parte tampoco puede el usufructuario conceder servidumbres reales por cesion judicial, pues no tiene derecho de enagenar lo que no le pertenece; no es pues estraño que se observase lo mismo respecto del poseedor de un predio de provincia, pues que no se le consideraba propietario de él. Solamente podia, mediante estipulacion, obligarse á ceder á otro el goce de aquel predio en que solo tenia la posesion.

§. 39. Quid cognitores et procuratores (qui aliorum lites suscipiebant).... Utrosque fuisse causarum ministros et suffragatores, docet Imperator. *L. ult. C. Theod. de cognit. et procurat.* . . . . . in eo positam esse differentiam, quod 1.° cognitores praecipue in status controversiis; procuratores in reliquis caussis civilibus locum habuerunt: 2.° quod cognitores cum sollemnitate aliqua a praesentibus; procuratores siue ejus modi sollemnitate per mandatum ab absentibus fuerunt constituti. (Heinec., Lib. IV, tit. 10, §. 3.)

Asconius Pedianus *in Divinat.* c. 4: *qui defendit alterum in judicio, aut* PATRONUS *dicitur, si orator est*; *aut* ADVOCATUS, *si aut jus suggerit, aut praesentiam suam commodat amico*: *aut* PROCURATOR, *si negotium suscipit; aut* COGNITOR, *si praesentis caussam novit, et sic tuetur, ut suam.*

§. 42. La usucapion es sin duda alguna el modo mas antiguo de adquirir, pues que no supone propietario anterior. Los bienes de los pupilos podian ser usucapidos. Segun Ciceron (*pro Flacco.* cap. 34. *Ep. ad Attic.* L. V.), se sabia solamente que los bienes de las mujeres sometidas á la futela legítima no podian enagenarse sin autorizacion de sus tutores. Apoyándose en L. XLVIII. Dig. de Acquir. rer. domin. (41. 1.) L. X. pr. D. quem. serv. (8. 6.) L. IX. de Usucap. pro emptore (7. 26.), han pretendido algunos autores que lo mismo sucedia respecto de los bienes de todos los pupilos. Pero véanse en apoyo de la opinion contraria, L. II, D. de eo qui pro tut. (27. 5.) L. IV, §. 24. D. de dolo malo (44. 4.). Véase la opinion de Unterholzner, Veriaehrung. p. 154. Gans cree que tanto los bienes muebles de los pupilos como los inmuebles no eran imprescriptibles aun por la legislacion de Justiniano.

§. 45. Créese que la ley Julia es del tiempo de Augusto hácia el año 748 de Roma; y la ley Plaucia del tiempo de la república por el año 666.

§. 61. *Praediatura*, *praediator*. Estas palabras eran desconocidas.

§. 104. *Mancipat alicui*. . . . FAMILIAM *suam*, etc., etc. Por *familia* se entiende la herencia ó el conjunto y la totalidad de los derechos del testador.

En el principio (véase el párrafo precedente) se mancipaba directamente á la persona elegida para suceder, y el heredero no era otro que el *emptor familiae*. Mas despues se creyó que era peligroso para el testador elegir por heredero de una manera tan pública á un emperador, cuyo título demasiado cierto podría ser considerado como un derecho irrevocable. De aquí resultó que el adquirente del patrimonio no fué ya sino un intermediario

entre el testador y el verdadero heredero. Véanse las Institutas esplicadas, t. II, p. 5.

§. 106. Gayo decide en este párrafo que no puede el padre servir de testigo en el testamento hecho por el hijo de familia que quiere disponer de su peculio castrense. Ulpiano y Marcelo son de opinion contraria. (L. XX, §. 2. Dig. *qui test. fac.*)

§. 108. *In fine.* Este consejo se convirtió en regla imperativa en tiempo de Justiniano, y con mucha razon porque entonces ya no habia mancipacion, *et totum negotium quod agebatur, testamenti ordinandi gratiâ*, tenia lugar entre el testador y el mismo heredero.

Créese que las tres maneras de testar existieron mucho tiempo antes y despues de la ley de las Doce Tablas; mas tarde, pero todavía en tiempo de la república, no se usaba mas que el testamento por mancipacion, al que se agregó bien pronto bajo Antonino la *bonorum possessio secundum tabulas*. Parece que el testamento por mancipacion se abolió al fin por una novela del emperador Teodosio. (Véase Jus civ. antej. p. 1251.) Savigny pretende que no se abolió sino por una novela de Valentiniano. (Zeits. f. g. r., t. I, cap. I, pag. 89.

§. 109. Este privilegio concedido primeramente por Julio César no era al principio sino una concesion temporal, que fué renovada sucesivamente por Tito y por Domiciano, transformada en regla por Nerva y confirmada últimamente por Trajano.

Como parece cierto que los militares no gozaban en todo tiempo y lugar de este privilegio, debemos concluir, no obstante la asercion de Gayo, que les fué concedido menos *propter nimiam imperitiam*, que en razon de los peligros á que ordinariamente están espuestos.

§. 111. Es probable que despues de haber tratado de los testamentos militares, se ocupase Gayo en seguida de las personas *quibus non est permissum facere testamentum.* Véase este título en las Institutas de Justiniano y Ulpiano, Frag. XX, §. 10. sq. Ademas se lee en el Epítome, II, 2. §. §. 1—3. «§. 1. Id quoque statutum est, quod non omnibus liceat facere testamentum: sic ut sunt hi, qui sui juris non sunt, sed alieno juri subjecti sunt, hoc est, filii, tam ex nobis nati, quam adoptivi. §. 2. Item testamenta facere non possunt impuberes, id est, minores quatordecim annorum, aut puellae duodecim. §. 3. Item et hi, qui furiosi, id est, mente insani fuerint, non possunt facere testamenta. Sed hi, qui insani sunt, per intervalla, quibus sani sunt, possunt facere testamenta.»

§. 119. Así acontecia que un testamento nulo por el derecho civil podia ser válido segun el derecho honorario; y el Pretor en este caso concedia á los herederos instituidos no la herencia propiamente dicha, sino la posesion de los bienes, que lo mismo que la herencia consistia en la sucesion de todos los derechos activos y pasivos del difunto. Esta última sucesion era toda *pretoria*, al paso que la otra resultaba de derecho civil.

§. 123. La obligacion impuesta al padre de familia de desheredar formalmente al hijo sujeto á su potestad, resulta, á lo que parece, de que los miembros de una misma familia eran considerados entre los romanos como propietarios en cierto modo de los bienes de la familia; de manera que por muerte de su jefe no eran estos bienes, rigorosamente hablando, una

nueva adquisicion para ellos, sino la conservacion de lo que no habia dejado de pertenecerles. De aquí la obligacion de quitar antes la herencia á los herederos suyos, para poder deferirla á otra persona. Véanse las Institutas esplicadas, t. II, pág. 41.

§. 124. Esta diferencia de resultado, entre la omision de un hijo y la de los demas descendientes sometidos á la potestad del mismo ascendiente, proviene de que la potestad que unia á este con sus descendientes, constituia respecto del hijo un lazo mas fuerte que respecto de la demas descendencia. Otra prueba de esto se encuentra en el Comentario primero, §. 135. *in fine*; y en el presente Comentario, §. 127.

. . . . . *praeteritae istae personae*, etc. Se entienden omitidos ó preteridos los descendientes, no solo cuando han sido totalmente olvidados en el testamento, sino tambien cuando no se les instituye ó deshereda legalmente. §. 2. I. *De Heredit. quae ab intest.*

§. 128. Hé aquí como podría restituirse este pasaje: *Masculorum ceterorum* personae, uel feminini sexus *liberi aut nominatim exheredandi sunt, aut inter ceteros, uelut hoc modo: ceteri exheredes sunto: quae verba post institutionem* heredum adjici sol*ent*. Sed *haec ita sunt jure civili.*

§. 134. La ley Junia Veleya se promulgó el año 763 de Roma, 10 de la Era cristiana.

§. 150. Gayo habla aquí de la *lex Julia caducaria.*

. . . . . *caducan los bienes*, es decir, quedan vacantes.

§. 202. In Epitome, II, 5, §. 2. post expressam hujus §. sententiam, adjecta leguntur haec: «Sed si testator rem alienam quasi suam credens, per hoc genus legatum reliquerit, legatarius hoc ab herede petere non potest, et inutile est legatum. Nam si sciens alienam esse, per legatum dederit, necesse est, ab herede aut ipsam rem, aut aestimationem rei in pretio legatario dari.»

§. 205. Eulero cree que el principio de este párrafo puede leerse así: Est et *alia differentia inter legatum per uindicationem et per damnationem*: si *enim* eadem res, etc., etc.

. . . . *plane singulis partes debentur.* Heiss cree que despues de estas palabras debería seguir: *siue omnes ueniant at legatum, siue non.* Pero Eulero encuentra preferible: *sicut in per uindicationem legato.* Conf. Epit. II, 5, §. 4.

§. 213. De este párrafo se deduce que el legado *sinendi modo* no daba accion real; testo que demuestra el error en que Pothier ha incurrido. Véase Pandect. Just. XXX, 2. y 96.

§. 218. . . . . *Sed Juliano et Sexto*, etc. Es verosimil que con el antenombre Sexto, haya querido Gayo designar á Pomponio. Conf. Fragm. Vatic. §. 88.

§. 222. FAMILIAE ERCISCUNDAE. Esta accion procedia de la ley de las Doce Tablas que disponia: NOMINA INTER HEREDES PRO PORTIONIBVS HEREDITARIIS ERCTA CITA SVNTO, CETERARVM FAMILIAE RERVM ERCTO NON CITO, SI VOLENT HEREDES, ERCTVM CITVM FACIVNTO. PRAETOR AD ERCTVM CIENDVM ARBITROS TRES DATO.

Sobre la palabra ERCTVM dice Festo: «*Erctum* citumque fit inter consortes, ut in libris legum Romanarum legitur. Erctum a *coercendo* dictum, unde

erciscundae et erclsci.» Erctvm ergo est quasi *coercitum*, id est, integrum, indivisum. Erctvm citvm est hereditas divisa et erctvm non citvm est patrimonium non divisum. Erctum ciendum, hereditas dividunda. Ercto non cito, patrimonio uel hereditate non diuisa. Ex illis antiquis atque obsoletis vocibus nata est postea phrasis *familiam erciscere*.

§. 225. Hauboldt coloca la ley Furia testamentaria, que no debe confundirse con la Furia ó Fusia Caninia, hácia el año 571 de Roma.

Voconio Saxa hizo promulgar la ley Voconia en el año 584, siendo cónsules Cepion y Filipo; y la ley Falcidia se promulgó en el 714 bajo el consulado de Calvino y Polion.

§. 253. El senadoconsulto Trebeliano data del año 815 de Roma.

§. 254. El senadoconsulto Pegasiano se promulgó por los años 828 de Roma.

§. 268. Algun tiempo despues equiparó Justiniano los legados á los fideicomisos. Véase I, Lib. II, *tit.* 20, §. 3.

§. 285. El ciudadano romano que por actos de última voluntad no podia favorecer á ciertas personas, respecto de las cuales no tenia testamentifaccion (tales eran los *peregrini*), usaba del siguiente rodeo: instituia á una persona capaz de recibir la herencia ó el legado, mas le encargaba que entregase el todo ó parte de la herencia ó del legado á la persona que en realidad quería favorecer.

§. 286. Gayo en este párrafo y Ulpiano (Fragm. 25, §. 6.) atribuyen al senadoconsulto Pegasiano una disposicion que Modestino (L. LIX. *ad leg. Falcid.*) hace derivar del senadoconsulto Plauciano.

FIN DE LAS NOTAS DEL COMENTARIO SEGUNDO.

GAII
INSTITVTIONVM.
COMMENTARIVS TERTIVS.

LA INSTITUTA
DE GAYO.
COMENTARIO TERCERO.

GAII

INSTITVTIONVM.

COMMENTARIVS TERTIVS.

§. 1. INTESTATORUM *hereditates lege* XII *tabularum primum ad suos heredes pertinent.* §. 2. *Sui autem heredes existimantur liberi, qui in potestate morientis fuerint, ueluti filius filiaue, nepos neptisue ex filio, pronepos proneptisue ex nepote filio nato prognatus prognataue. nec interest, utrum naturales sint liberi, an adoptiui. ita demum tamen nepos neptisue et pronepos proneptisue suorum heredum numero sunt, si praecedens persona desierit in potestate parentis esse, siue morte id acciderit, siue alia ratione, ueluti emancipatione. nam si per id tempus, quo quis moritur, filius in potestate eius sit, nepos ex eo suus heres esse non potest. idem et in ceteris deinceps liberorum personis dictum intellegimus.* §. 3. *Vxor quoque, quae in manu est, sua heres est, quia filiae loco est. item nurus, quae in*

§. §. 1—17. Mos. et Rom. Leg. Collatio, Tit. XVI, §. 2. quae ita inscripta est: Gajus Institutionum Libro III. legitimas sic ordinat successiones.
§. 1. §. 1. I. de heredit. q. ab intest. defer. Conf. Epitome, II, 8, pr. Vlpianus, Fragm. XXVI, §. 1.
§. 2. §. 2. I. de heredit. q. ab intest. defer. Conf. Epitome, II, 8, pr. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 14. XXVI, §. 1. item supra Commentar. II. §. 156.
§. 3. Conf. supra Commentar. II. §. §. 139. 159. infra huj. Commentar. §. 40. item Vlpianus, Fragm. XXII, §. 14. XXIII, §. 3. XXIX, §. 1. Gellius, Lib. XVIII, cap. 6.

LA INSTITUTA DE GAYO.

COMENTARIO TERCERO.

DE LAS SUCESIONES ABINTESTATO Y DE LAS OBLIGACIONES.

TITULO PRIMERO.

De las herencias abintestato.

§. 1. La herencia de los intestados pertenece en primer lugar, según la ley de las Doce Tablas, á los herederos *suyos*.

§. 2. Se consideran herederos *suyos* los descendientes que estuvieren bajo la potestad del difunto al tiempo de su muerte, como el hijo, la hija, el nieto y la nieta procedentes de hijo varon, el biznieto y la biznieta tambien por línea de varon, sin que haya diferencia entre los naturales y adoptivos. Sin embargo, para considerar como herederos *suyos* á los nietos y biznietos de ambos sexos, es necesario que el antecesor de estos no se encuentre bajo la potestad del ascendiente, bien por muerte ó por cualquiera otra causa, cual la emancipacion por ejemplo. Porque si en la época de su fallecimiento tenia el padre de familia bajo su potestad á su hijo, no puede el nieto, hijo de este, ser heredero *suyo*, entendiéndose lo mismo respecto á los demas descendientes.

§. 3. Tambien son herederos *suyos* la mujer que está sometida al poder (*manus*), porque ocupa el lugar de hija, y la nuera

filii manu est; nam et haec neptis loco est. sed ita demum erit sua heres, si filius, cuius in manu erit, cum pater moritur in potestate eius non sit. idemque dicimus et de ea, quae in nepotis manu matrimonii causa sit, quia proneptis loco est. §. 4. *Postumi quoque, qui si uiuo parente nati essent, in potestate eius futuri forent, sui heredes sunt.* §. 5. *Idem iuris est de his, quorum nomine ex lege Aelia Sentia, uel ex senatusconsulto post)* mortem patris causa probatur. nam et hi, uiuo patre causa probata, in potestate eius futuri essent. §. 6. Quod etiam de eo filio, qui ex prima secundaue mancipatione post mortem patris manumittitur, *in*tellegemus. §. 7. Igitur cum filius filiaue et ex altero filio nepotes neptesue extant, pariter ad hereditatem uocantur; nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. aequum enim uidebatur, nepotes neptesue in patris sui locum portionemque succeder*e*. pari ratione et si nepos neptis*ue* sit ex filio et ex nepote pronepos *pro*neptisue, simul omnes uocantur ad hereditatem. §. 8. Et quia placebat, nepotes nep*tes*ue, item pronepotes proneptesue in parentis sui locum succedere, conueniens esse uisum est, non in capita, sed (*in*) stirpes hereditates diuidi. ita ut filius partem dimidiam hereditatis ferat, et ex altero filio duo pluresue nepotes alteram dimidiam: item si ex duobus filiis nep*otes* extent, et ex altero filio unus forte uel duo, ex altero tres aut quattuor, ad unum aut ad duos dimidia pars pertineat, et ad tres aut quattuor altera dimidia.

§. 9. Si nul**lus sit** suorum heredum, tunc hereditas p*ertinet* ex eadem lege XII tabularum ad *a*gnatos. §. 10. **Vocantur autem** agnati, qui legitima cognatione iuncti sunt. legitima autem cognatio est ea, quae per uirilis sexus persona**s coniungitur. itaque qui eodem patre nati sunt** fratre*s*, agna*ti* sib**i sunt, qui etiam consanguinei** uocantur: nec requiritur, an **etiam matrem eandem habuerint**. item patruus fratris filio, et inuicem **is illi a**gnatus est. eodem numero s**unt fratres** patrueles **inter se, id est**, qui ex duobus f**ratribus progene**rati sunt, quos pleriq**ue etiam consobrinos uocant. qua ratione scilicet etiam*

§. 4. cit. §. 2. I. de heredit. q. ab intest. defer. Conf. Epitome, II, 8, §. 1. Vlpianus, Fragm. XXII, §. 15.

§. 5. Conf. Paulus, Collat. Tit. XVI, §. 3. verb. Post mortem patris etc. item Commentar. I. §. 32. et Comentar. II. §. §. 142. 143.

§. 6. Conf. Paulus, loc. cit. Vlpianus, Fragm. XXIII, §. 3. item Commentar. I. §. 132. et Commentar. II. §. 141.

§. §. 7. 8. §. 6. I. de heredit. q. ab intest. defer. Conf. Epitome, II, 8, §. 2. Vlpianus, Fragm. XXVI, §. 2.

§. 9. Conf. Epitome, II, 8, §. 3. pr. I. de legit. agnator. success. Vlpianus, Fragm. XXVI, §. 1.

§. 10. Conf. supra Commentar. I. §. 156. item §. 1. I. de legit. agnator. success. Epitome, II, 8, cit. §. 3. Vlpianus, Fragm. XVI, cit. §. 1. itaque etc. cit. §. 1. I.

sujeta al poder del hijo, la cual se considera como nieta; pero para contar á esta última en el número de los herederos *suyos*, es preciso que el hijo, bajo cuyo poder está, no se halle sometido á la potestad del padre en la época de su fallecimiento. Lo mismo debe entenderse de la mujer que por razon de matrimonio se encontrare bajo el poder del nieto, pues ocupa el lugar de biznieta.

§. 4. Son igualmente herederos *suyos* los póstumos que, á haber nacido en vida del padre, hubieran estado bajo su potestad.

§. 5. En el mismo caso se encuentran los individuos, en cuyo nombre se prueba la causa de error despues de la muerte del padre en virtud de la ley Ælia Sencia, ó del senadoconsulto, porque si dicha causa se hubiese probado en vida del padre, hubieran entrado en su potestad.

§. 6. Esta misma disposicion se aplica tambien al hijo que despues de la muerte del padre se encuentra manumitido de la primera ó segunda mancipacion.

§. 7. Por consiguiente cuando existe un hijo ó hija y al mismo tiempo nietos de cualquier sexo procedentes de otro hijo varon, todos son llamados á la herencia sin que el mas próximo escluya al mas remoto, pues parece justo en efecto que dichos nietos sucedan en lugar de su padre y en la parte de herencia de este. Por la misma razon si concurren biznietos ó biznietas de la línea de los varones con nietos ó nietas de la misma línea, todos son llamados simultáneamente á la herencia.

§. 8. Una vez admitido que sucediesen en lugar de sus padres los nietos y biznietos de ambos sexos descendientes de varon en varon, pareció conveniente dividir las herencias por estirpes ó troncos y no por personas ó cabezas (*non in capita*, *sed in stirpes*). Así, por ejemplo, un hijo se lleva la mitad de la herencia, y la otra mitad se divide por partes iguales entre los nietos procedentes de otro hijo, sea cualquiera su número. Del mismo modo si hay uno ó dos nietos procedentes de un hijo y tres ó cuatro procedentes de otro, el uno ó los dos del primero llevan la mitad de la herencia, y los tres ó cuatro del segundo dividen entre sí la otra mitad.

§. 9. No existiendo herederos suyos, pertenece la herencia, segun la ley de las Doce Tablas, á los agnados.

§. 10. Llámanse agnados las personas unidas por parentesco legítimo, es decir, por parentesco que proceda del sexo masculino. Por consiguiente los hermanos nacidos de un mismo padre, sean ó no de una misma madre, son agnados entre sí y se llaman tambien consanguíneos. Del mismo modo lo son recíprocamente el tio paterno y el sobrino hijo de hermano, como tambien los primos procedentes de dos hermanos varones á quienes muchos llaman tambien *consobrinos*. Así pudiéramos descender, siguiendo el mismo órden, á otros muchos grados de agnacion.

_ad plures gradus agnationis peruenire poterimus_*. §. 11. *_Nec tamen omnibus simul agna_*tis _dat_ lex XII tabularum hereditatem, sed his, q*_ui tunc, cum certum est aliquem intestato decessisse, proximo_* gradu sunt. §. 12. Nec in eo iure successio *_est. ideoque si a_*gnatus proximus heredita_te_m omiserit, *_uel antequam adierit_* decesserit, sequentibus nihil iuris ex *_lege com_*petit. §. 13. Ideo autem non mortis tempore *_quis proximus sit requirimus, sed eo_* tempore, *_quo certum fuerit, aliquem intestatum decessisse, quia si quis testamento fa_*cto decesserit, melius _esse_ uisum est, tunc ex iis requiri proximum, cum certum esse coeperit, neminem ex eo testamento fore heredem. §. 14. Quod ad feminas tamen attinet, in hoc iure aliud in ipsarum hereditatibus capiendis placuit, aliud in ceterorum bonis ab his capiendis. nam feminarum _heredita_tes perinde ad nos agnationis iure redeunt, atque masculorum: nostrae uero hereditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent. itaque soror fratri sororiue legitima heres est; amita uero et fratris filia legitima heres esse (_non potest. sororis autem nobis loco est_) etiam mater aut nouerca, quae per in manum conuentionem aput patrem nostrum iura filiae con_secu_ta est. §. 15. Si ei, qui defunctus erit, _sit_ frater et alterius fratris filius, sicut ex superioribus intellegitur, frater prior est, quia gradu praecedit. sed alia facta est iuris interpretatio inter suos heredes. §. 16. Quodsi defuncti nullus frater extet (_sed_) sint liberi fratrum, ad omnes quidem hereditas pertinet: sed quaesitum est, si dispari forte numero sint nati, ut ex uno unus uel duo, ex altero tres uel quattuor, utrum in stirpes diuidenda sit hereditas, sicut inter suos heredes iuris est, an potius in capita. ia_m_ dudum tamen placuit, in capita diuidendam esse hereditatem. itaque quotquot erunt ab utraque parte personae, in tot portiones hereditas diuidetur, ita ut singuli singulas portiones ferant.

§. 17. Si nullus agnatus sit, eadem le_x_ XII tabularum gentiles ad hereditatem uocat. qui sint autem gentiles, primo commentario rettulimus. et cum illic admonuerimus, totum gentili_c_ium ius in desuetudinem abiisse, superuacuum est hoc quoque loco, de ea re curiosius tractare.

§. 11. cit. §. 1. I. de legit. agnator. success. Conf. Epitome, II, 8, §. 4.
§. 12. Conf. infra §. §. 22. et 28. item Vlpianus, Fragm. XXVI, §. 5. Paulus, Sent. recept. IV, 8, §. 23. §. 7. I. de legit. agnator. success.
§. 13. Conf. §. 6. I. de legit. agnator. success.
§. 14. Conf. Epitome, II, 8. §. 5. §. 3. I. de legit. agnator. success. Vlpianus, Fragm. XXVI. §. 6. item infra §. 22.
§. 15. Conf. Epitome, II, 8. §. 6. §. 5. I. de legit. agnator. success. _sicut ex superioribus intellegitur_. Vid. §. 11. _sed alia_ etc. Conf. supra §. 7.
§. 16. Conf. Epitome, II, 8. cit. §. 6. Vlpianus, Fragm. XXVI, §. 4. §. 4. I. de legit. agnator. success. _sicut inter suos heredes iuris est_. Vid. supra §. 8.
§. 17. Conf. Vlpianus, Collat. Tit. XVI, §. 4. verb. Si agnatus defuncti, _primo commentario rettulimus_. Conf. supra ad Commentar. I, not. §. 164. pag. 89.

§. 11. La ley de las Doce Tablas, sin embargo, no confiere la herencia á todos los agnados á la vez sino solo á aquellos que ocuparen el grado mas próximo, cuando conste ciertamente que alguno ha muerto intestado.

§. 12. En este caso no hay sucesion, y por lo tanto si el agnado mas próximo repudiare la herencia ó falleciere antes de adirla, no compete por la ley derecho alguno al grado subsiguiente.

§. 13. No importa, pues, averiguar cuál es el agnado mas próximo al tiempo de la muerte, sino quién lo es cuando se sabe ciertamente que la persona murió intestada; pero si alguno falleciere con testamento, ha parecido mejor hacer aquella inquisicion al tiempo de saberse con evidencia que no hay heredero testamentario.

§. 14. En este punto varían las disposiciones del derecho con respecto á las mujeres, segun que se trate de heredarlas ó de que ellas hereden á alguno. En efecto, las herencias de las hembras, del mismo modo que las de los varones, recaen en nosotros por derecho de agnacion, al paso que nuestras herencias no pertenecen á las hembras mas allá del grado de los consanguíneos. Así la hermana es heredera legítima de su hermano y de su hermana; pero no lo son la tia paterna y la sobrina hija de hermano. Consideramos tambien como hermanas á la madre ó madrasta que por haberse sujetado al poder (*per in manum conventionem*) de nuestro padre, han obtenido los derechos de hijas.

§. 15. Si el difunto deja un hermano y un hijo de otro hermano, resulta de lo dicho que es preferido aquel, porque ocupa el grado mas inmediato; pero respecto de sus herederos ha recibido el derecho otra interpretacion.

§. 16. Cuando no sobreviven al difunto hermanos varones y sí hijos suyos, pertenece la herencia á todos ellos; pero en el caso de ser desiguales en número, como si hubiese uno ó dos del un hermano y tres ó cuatro del otro, ¿se dividirá la herencia por estirpes, como previene el derecho respecto de los herederos *suyos*, ó mas bien por cabezas? Hace largo tiempo que se cree debe dividirse por cabezas, y así, sea cualquiera el número de hijos procedentes de diversas estirpes, se harán tantas partes de la herencia cuantos individuos haya, de modo que cada cual lleve su porcion correspondiente.

§. 17. Cuando no existe ningun agnado, la ley de las Doce Tablas llama á la herencia á los *gentiles*. Ya en el primer Comentario dejamos espuesto quiénes sean *gentiles*; allí mismo advertimos que el derecho gentilicio ha caido en desuso completamente, y por lo tanto parécenos inútil tratar ahora con mas estension de esta materia.

§. 18. Hactenus lege XII tabularum finitae sunt intestatorum hereditates: quod ius quemadmodum, strictum fuerit, palam est intellegere. §. 19. Statim enim emancipati liberi nullum ius in hereditatem parentis ex ea lege habent, cum desierint sui heredes esse. §. 20. Idem iuris est si ideo liberi non sint in potestate patris, quia sint cum eo ciuitate Romana donati, nec [ab Imperatore in potestatem redacti fuerint. §. 21. Item agnati capite deminuti non admittuntur ex ea lege ad hereditatem, quia nomen agnationis capitis deminutione perimitur. §. 22. Item proximo agnato non adeunte, (*ad*) hereditatem nihilo magis sequens iure legitimo admittitur. §. 23. Item feminae agnat*ae*, quaecumque consanguineorum gradum excedunt, nihil iuris ex lege habent. §. 24. Similiter non admittuntur cognati, qui per feminini sexus personas necessitudine iunguntur. adeo quidem, ut nec inter matrem et filium filiamue ultro citroque hereditatis capiendae ius competat, praeterquam si per in manum conuentionem consanguinitatis iura inter eos constiterint.

---

§. 25. Sed hae iuris iniquitates edicto Praetoris emendatae sunt. §. 26. Nam *liberos* omnes, qui legitimo iure deficiuntur, uocat ad hereditatem proinde ac si in potestate parentum mortis tempore fuissent, siue soli sint, siue etiam sui heredes, id est, qui in potestate patris fuerunt, concurrant. §. 27. Agnatos autem capite deminutos non secundo gradu post suos heredes uocat, id est, non eo gradu uocat, quo per legem uocarentur, si capite minuti non essent; sed tertio proximitatis nomine: licet enim capitis deminutione ius legitimum perdiderint, certe cognationis iura retinent. itaque si quis alius sit, qui integrum ius agnationis habebit, is potior erit, etiamsi longiore gradu fuerit. §. 28. Idem iuris est, ut quidam putant, in eius agnati persona, qui, proximo agnato omittente hereditatem, nihilo magis iure

§. 18. Conf. pr. I. de SCto Tertull.
§. 19. Conf. §. 9. I. de heredit. q. ab instest. defer.
§. 20. Conf. supra Commentar. I. §. 94.
§. 21. Conf. pr. I. de success. cognator. item supra Commentar. I. §. 158. infra huj. Commentar. §. 27.
§. 22. Conf. supra §. 12. infra §. 28.
§. 23. Conf. supra §. 14.
§. 24. Conf. pr. I. de SCto Tertull. Vlpianus, Fragm. XXVI, §. §. 7. 8.
§. 26. Conf. supra §. §. 19. 20. item §. 9. I. de heredit. q. ab intest. defer. Vlpianus, Fragm. XXVIII, §. 8. et Collat. Tit. XVI, §. 7.
§. 27. Conf. supra §. 21. item Vlpianus, Fragm. XXVIII, §. 9. Epitome, II, 8, §. 7. *Agnatos — — — nomine*. Conf. pr. I. de success. cognator. *licet enim — — retinent*. Conf. supra Commentar. I. §. 158. *itaque* etc. Conf. §. 12. I. de gradib. cognat.
§. 28. Conf. supra §. §. 12. 22. *Idem — — — admittitur*. Conf. §. 7. I. de legit. agnator. success.

§. 18. Hasta aquí las sucesiones *abintestato* segun la ley de las Doce Tablas, siendo fácil echar de ver cuán estricto es este derecho.

§. 19. En efecto, segun aquella ley los hijos mancipados no tienen derecho alguno á la herencia del padre, por cuanto dejan de ser herederos *suyos*.

§. 20. En el mismo caso están los hijos que no se hallan bajo la potestad del padre, por haber recibido al mismo tiempo que él los derechos de ciudadano romano, sin que el emperador les sometiese á la patria potestad.

§. 21. Tampoco son llamados á la herencia por dicha ley los agnados que han sufrido la *capitis* diminucion, pues que esta acaba con el derecho de agnacion.

§. 22. Del mismo modo cuando el agnado mas próximo no ade la herencia, no es llamado á ella el subsiguiente por derecho legítimo.

§. 23. Tampoco tienen derecho alguno á la herencia, segun la misma ley, las mujeres agnadas que no sean consanguíneas.

§. 24. Rechaza igualmente á los cognados, es decir, á los parientes por línea de hembra, y hasta tal punto que no tienen derecho á percibir recíprocamente sus herencias la madre y el hijo ó la hija, á no ser que se hayan establecido entre ellos los derechos de consanguineidad por la sujecion al poder (*per in manum conventionem*).

TITULO II.

De las posesiones de bienes.

§. 23. Pero estas injusticias han sido corregidas por el edicto del pretor.

§. 26. Este llama en efecto á la herencia á todos los descendientes desposeidos de su legítimo derecho, cual si hubiesen estado bajo la potestad de los ascendientes al tiempo de su muerte, ora se encuentren solos, ora en concurrencia con herederos *suyos*, es decir, con los que estuvieron bajo la patria potestad.

§. 27. Mas el edicto no llama en segundo lugar é inmediatamente despues de los herederos *suyos* á los agnados que han sufrido la *capitis* diminucion, esto es, no los llama en el grado que los llamaría la ley, si no hubiesen sufrido aquella, sino en tercer lugar y á título de cognacion (*proximitatis*); pues aun cuando por la *capitis diminucion* hayan perdido su derecho legítimo, conservan empero indudablemente los derechos de cognacion; por consiguiente, si hay un agnado que goce plenamente de sus derechos de agnacion, este será preferido aun cuando ocupe el grado mas remoto.

§. 28. Lo mismo sucede, segun la opinion de algunos, con el agnado que por derecho legítimo no es admitido á la heren-

legitimo admittitur. sed sunt, qui putant, hunc eodem gradu a Praetore uocari, quo etiam per legem agnatis hereditas datur. §. 29. Feminae certe agnatae, quae consanguineorum gradum excedunt, tertio gradu uocantur, id est, si neque suus heres, neque agnatus ullus erit. §. 30. Eodem gradu uocantur etiam eae personae, quae per feminini sexus personas copulatae sunt. §. 31. Liberi quoque, qui in adoptiua familia sunt, ad naturalium parentum hereditatem hoc eodem gradu uocantur.

§. 32. Quos autem Praetor uocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non **fiunt*, *nam** Praetor heredes facere non p**otest*: *per legem enim tantum*, *uel similem iuris co**nstitutionem* heredes *fiunt*, *ueluti* per *senatusconsultum* **et co**nstitutionem* principalem. sed **cum eis qui**dem Praetor d*at bonorum* possessionem, *lo*co heredum *constituuntur*.

§. 33. *Adhuc autem* alios ** *com*pl*u*res *gradus P*raetor facit in bonorum possessione dan*da*, *dum id agit*, ne *quis *sine successore moriatur**. de quibus in his commentariis **************** **** hoc ius totum propriis commentariis **************** solum admonuisse sufficit **** ———— ———— ———— ———— *********************** h*ered*i*ta*t*e*m *************** ———— ———— ———— ———— in ********* ** lege ******************** *** ———— ———— ———— ———— post eam uocat ********************************* uxorem ******************** ********** ———— ———— ———— ———— ** ******************************** §. 34. **item ab in**t*estat*o heredes suos et agn*atos* ad bonorum possessionem uocat. quibus casibus beneficium eius in eo solo uidetur aliquam utilitatem *habere*, *quod* is, qui i*t*a bonorum possessionem *petit*, interdicto cuius principium est QVORVM BONORVM, uti possit. cuius interdicti q*u*ae sit utilitas, suo loco proponemus. alioquin remota quoque bonorum possessione ad eos hereditas pertinet iure ciuili.

§. 35. Ceterun saepe quibusdam ita datur bonorum possessio, ut is, cui data sit, (*non*) optineat hereditatem: quae bonorum possessio dicitur sine re. §. 36. *N*am si uerbi gratia iure facto testamento heres inst*i*tutus creuerit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit, contentus eo, quod iure ciuil*i* heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona uocantur, possunt petere bo-

§. 29. Conf. supra §. 23. item §. 3. I. de legit. agnator. success.
§. 30. Conf. supra §. 24. item §. 1. I. de success. cognator. Vlpianus, Fragm. XXVIII, cit. §. 9. Epitome, II, 8, cit. §. 7.
§. 31. §. 2. I. de success. cognator. Conf. Epitome, II, 8, cit. §. 7.
§. 32. §. 2. I. de bonor. possess. Conf. Vlpianus, Fragm. XXVIII, §. 12. item infra Commentar. IV, §. 34.
§. 33. *Adhuc — — moriatur*. cit. §. 2. I. de bonor. possess.
§. 34. *item — uocat*. §. 1. I. de bonor. possess. *suo loco proponemus*. Vid. infra Commentar. IV. §. 144. *alioquin* etc. cit. §. 1. I.
§. 35. Conf. Vlpianus, Fragm. XXVIII, §. 13. XXIII, §. 6. item supra Commentar. II. §. 148.

cia despues de rehusada esta por el del grado mas próximo: otros sin embargo creen que el pretor lo llama en el mismo grado que la ley concede la herencia á los agnados.

§. 29. Las mujeres agnadas que pasan del grado de los consanguíneos, son llamadas en tercer lugar, esto es, cuando no hay herederos *suyos* ni agnados.

§. 30. Tambien son llamadas en tercer lugar las personas cuyo parentesco proviene del sexo femenino.

§. 31. En el mismo lugar son igualmente llamados á la herencia de sus ascendientes naturales los descendientes que se encontraren en una familia adoptiva.

§. 32. Mas las personas llamadas á la herencia por el pretor, no son por eso herederos, porque. . . . . el pretor no puede conferir semejante título, y sí solo la ley ú otros actos constitutivos de derecho, tales como un senadoconsulto ó una constitucion del príncipe. Sin embargo, cuando el pretor les dá la posesion de los bienes hereditarios, ocupan el lugar de herederos.

§. 33. El pretor dá tambien la posesion de los bienes en otros muchos grados, para evitar que alguno muera sin sucesor, de los cuales en estos comentarios. . . . .
. . . .

(*Hic quindecim lineæ et pagina integra desiderantur.*)

§. 34. . . . . Tambien llama á los herederos *suyos* y á los agnados á la posesion de los bienes abintestato, en cuyo caso la única ventaja que reporta el que así pide la posesion de los bienes, es que puede hacer uso del interdicto QUORUM BONORUM: mas adelante veremos cuál es la utilidad de este interdicto, pues por lo demas la herencia corresponde á estas personas por derecho civil, abstraccion hecha de la posesion de los bienes.

§. 35. Muchas veces se dá la posesion de los bienes de tal manera, que el que la recibe no obtenga sin embargo la herencia, en cuyo caso la posesion se llama *sine re*.

§. 36. En efecto, si, v. gr., un heredero instituido en testamento válido aceptare la herencia, y contento con ser heredero por el derecho civil, no quisiere pedir *secundum tabulas* la posesion de los bienes, pueden pedirla en este caso los here-

norum possessionem: sed sine re ad eos hereditas pertinet, cum testamento scriptus heres euincere hereditatem possit. §. 37. Idem iuris est si intestato aliquo mortuo suus heres nol*uer*it petere bonorum possessionem*, co*n*tentus* l*egitimo iure*: *nam** et agnato competit quidem bonorum possessio, sed sine re, cum euinci hereditas a *fil*io herede po*ssit*. et illud conuenien(*ter dice*)tur: si ad agnatum iure ciuili pertinet hereditas, et hic adierit hereditatem, sed *bonorum possessionem* petere noluerit etsi quis ex proximis cognat*i*s petierit, sine re habebit bonorum possessionem propter eandem rationem. §. 38. Sunt et alii quidam similes casus, quorum al*iquos* superiore commentario tradidimus.

---

§. 39. Nunc de libertorum bonis uideamus.

§. 40. Olim itaque licebat liberto, patronum suum in testamento praeterire. nam ita demum lex XII tabularum ad hereditatem liberti uocabat patr*on*um, si intestatus mortuus esset libertus, nullo suo herede *re*licto. itaque intestato quoque mortuo liberto, si is suum heredem reliquerat, nihil in bonis eius patrono iuris erat. et siqu*i*dem ex naturalibus liberis aliquem suum heredem reliquisset, nulla uidebatur esse querella: si uero uel adoptiuus filius filiaue, uel uxor, quae in manu esset, sua heres esse*t*, aperte iniquum erat, nihil iuris patrono superesse. §. 41. Qua de causa postea Praetoris edicto haec iuris iniquitas em*e*ndata est. siue enim faciat testamentum libertus, iubetur ita testari, ut patrono suo partem dimidiam bonorum suorum relinquat: et si aut nihil, aut minus quam partem dimidiam reliquerit, datur patrono contra tabulas testamenti partis dimidiae bonorum possessio. si uero intestatus moriatur suo herede relicto adoptiuo filio, (*uel*) uxor*e*, quae in manu ipsius esset, uel nuru, quae in manu filii eius fuerit, datur aeque patrono aduersus hos suos heredes partis dimidiae bonorum possessio. prosunt autem liberto [ad excludendum patronum naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habet, set etiam emancipati et in adoptionem dati, **si** modo aliqua ex parte heredes scripti **sint*, *aut praeteriti con**tra tabulas testa-

§. 37. *Idem — — — possit*. Conf. Vlpianus, Fragm. XXVIII, cit. §. 13.
§. 38. *superiore Commentario*. Conf. Commentar. II. §. §. 119. 148. 149.
§. 39. pr. I. de success. libertor.
§. 40. cit. pr. I. de success. libertor. Conf. Vlpianus, Fragm. XXVII, §. 1. XXIX, §. 1.
§. 41. §. 1. I. de success. libert. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIX, cit. §. 1.

ros legítimos *abintestato*; pero solo obtendrán una posesion *sine re*, pudiendo el heredero instituido quitarles la sucesion.

§. 37. Lo mismo sucede si muerta una persona intestada, no quisiere el heredero *suyo* pedir la posesion de los bienes, contentándose con su derecho legítimo, pues en este caso tiene derecho el agnado á la posesion de los bienes, pero solo á la posesion *sine re*, porque puede ser lanzado de la sucesion por el hijo heredero. Por la misma razon puede decirse que si acepta la herencia un agnado á quien perteneciere por derecho civil, y no tuviese por conveniente pedir la posesion de los bienes, podrá entonces hacerlo uno de los cognados mas próximos; pero solo obtendrá la posesion *sine re*.

§. 38. Otros varios casos hay semejantes á estos, algunos de los cuales hemos referido en el Comentario precedente.

TITULO III.

De los bienes de los libertos ciudadanos romanos.

§. 39. Pasemos ahora á ocuparnos de los bienes de los libertos.

§. 40. Antiguamente podia el liberto no hacer mencion de su patrono en el testamento, porque la ley de las Doce Tablas no llamaba al patrono á la herencia del liberto sino cuando este moría intestado y sin dejar herederos *suyos*. Por consiguiente ningun derecho tenia el patrono á los bienes del liberto, aunque este muriese intestado, caso de existir algun heredero *suyo*. Sin duda era justo que no hubiese lugar á la *querella*, cuando el liberto dejase por heredero á alguno de sus descendientes naturales; pero se cometia una injusticia notoria no concediendo nada al patrono, cuando el heredero instituido por aquel fuese un hijo ó hija adoptivos, ó una esposa que estuviese bajo su poder.

§. 41. Por eso fué corregida despues semejante injusticia por el edicto del pretor. En efecto, está obligado el liberto, si hace testamento, á dejar á su patrono la mitad de sus bienes, y caso de no dejarle nada ó menos de la mitad, se dá al patrono la posesion de los bienes *contra tabulas* de dicha mitad. Mas si el liberto muriese intestado dejando por heredero *suyo* un hijo adoptivo, ó una esposa constituida en su poder (*in manu*), ó una nuera sujeta al de su hijo, se concede igualmente al patrono la posesion de la mitad de los bienes contra estos herederos *suyos*. Sirven con todo al liberto para escluir á su patrono de la herencia, no solo los hijos naturales que tenga bajo su potestad al tiempo de fallecer, sino tambien los mancipados y los dados en adopcion, con tal empero que se les haya señalado alguna parte de la herencia, ó que preteridos pidiesen en virtud del edicto la posesion de los bienes *contra tabulas testamenti*; por-

menti bonorum possessionem ex edicto petierint: nam exheredati nullo modo repellunt patronum. §. 42. Postea lege Papia aucta sunt iura patronorum, quod ad locupletiores libertos pertinet. cautum est enim ea lege, ut ex bonis eius, qui sestertiorum ********************************** patrimon*ium reliquer*it, et pauciores quam tres liberos habebit, siue is testamento facto, siue intestato mortuus erit, uirilis pars patrono debeatur. itaque cum unum filium unamue filiam heredem reliquerit libertus, perinde pars dimidia patrono debetur, *ac si* sine ullo filio filiaue moreretur: cum uero d*uos* duasue heredes reliquerit, tertia pars debetur: si tres relinquat, repellitur patronus. ——— ——— ——— ——— §. 43. In bonis libertinarum nullam iniuriam antiquo iure patiebantur patroni. cum enim hae in pat*ro*norum legitima tutela essent, non aliter scilicet testamentum facere poterant, quam patrono auctore. itaque siue auctor ad testamentum faciendum factus ************************ ********* ——— ——— ——— ——— *** ******************************** auctor ******** non erat ******** ****** morte **** ——— ——— ——— ——— possit patronum a bonis ****************** *re*pellere. §. 44. Sed postea lex Papia *cum* quatuor liberorum iure libertinas tutela patronorum liberaret, et eo modo ***************************** *tu*toris auctor*itate* ********************** ——— ——— ——— ——— *** habuerit, uirilis pars patrono debeatur, **** ex bonis eius, quae omnia *********** iuris ——— ——— ——— ——— **** ad patronum pertinet.

§. 45. Q*uae* autem diximus de patrono, eadem intellegemus et de ***** *pat*roni ** ********************** uero patro*ni* ********************** nepot*e* *f*ilio ****************** §. 46. quide*m* ******** *l*ege XII tabularum patroni*s* datum est *** ***************************** patron*orum li*be*ros* ********************** testamenti liber*i* ******************* adoptiuu*m* ************************************** bonorum possessionem petat, trium liberorum iure lege Papia consequitur: aliter hoc ius non habet. §. 47. Set ut ex bonis libert*ae suae* quattuor liberos haben*tis* *uir*il*is* par*s ei debeatur*, liberorum *quidem iure* **************** ut quidam putant. set tamen intestata liberta mortua, uerba legis Papiae faciunt, ut ei uirilis pars debeatur. si uero testamento facto mortua sit liberta, tale ius ei datur, quale datum est ************************ ———

§. 42. §. 2. I. de success. libertor.

§. 43. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIX, §. 2. *cum enim hae — — patrono auctore.* Conf. Livius, Lib. XXXIX, cap. 9. item supra Commentar. I, §. 192. et Commentar. II. §. §. 118. 122.

§. 44. Conf. Vlpianus, Fragm. XXIX, §. 3. *cum quattuor liberorum iure — liberaret.* Conf. supra Commentar. I. §. 194.

§. 45. Conf. infra §. 58. item Vlpianus, Fragm. XXVII, §. 1. XXIX, §. 4.

§. 46. Conf. Vlpianus, Fragm. XXVII, §. 1. XXIX, §. 5.

que si son desheredados, no escluyen de modo alguno al patrono.

§. 42. Posteriormente la ley Papia Poppæa aumentó los derechos de los patronos respecto á los libertos que dejasen grandes riquezas. Esta ley determinó que el patrono tuviese derecho á percibir una parte igual á la de los demas herederos (*pars virilis*), siempre que el liberto, ora muera testado ora intestado, dejase un patrimonio de *cien mil* sestercios y tuviese menos de tres descendientes. Por consecuencia, cuando el liberto no dejare mas herederos que un hijo ó una hija, tiene derecho el patrono á la mitad de la sucesion, como si aquel no hubiese dejado descendiente alguno. Si fueren dos hijos ó hijas los herederos, entonces solo corresponde al patrono la tercera parte, quedando escluido del todo cuando los herederos fueren tres.

§. 43. Segun el derecho antiguo nunca podian los patronos considerarse perjudicados respecto de los bienes de sus libertas, pues que estando estas sometidas á la tutela legítima de sus patronos, no podian hacer testamento sin que estos interpusiesen su autoridad. Y así. . . . .

(*Hic desunt fere octo lineæ.*)

§. 44. Pero como en época posterior la ley Papia Poppæa declaró exenta de la tutela de sus patronos á la liberta que hubiese dado á luz cuatro hijos, y de este modo. . . . .

(*Fere octo lineæ hic desunt.*)

§. 45. Cuanto hemos dicho del patrono, debe aplicarse tambien á. . . . .

(*Adhuc octo lineæ desunt.*)

§. 46. . . . . Ciertamente. . . . . por la ley de las Doce Tablas se ha concedido al patrono. . . . . pidiese la posesion de los bienes; la consigue en virtud de la ley Papia Poppæa caso de haber tres hijos; de otro modo no tiene este derecho.

§. 47. Pero para que el patrono tenga derecho á una parte igual (*virilis*) de los bienes de una liberta, madre de cuatro hijos. . . . . Con todo si la liberta ha muerto intestada, tiene derecho el patrono, segun las palabras de la ley Papia Poppæa, á una parte igual á la de los demas herederos (*pars virilis*); pero si por el contrario moría testada, se le concedia al patrono el mismo derecho que. . . . .

——— ——— ——— liberique *co*ntra tabulas tes*tamenti* liberti habent: quamuis parum diligenter ea pars legis scripta sit. §. 48. Ex his apparet, *e*x*t*raneos heredes patrono*r*um longe remoti*ores* *************** iure *** quod ** in *in*testatorum bonis *uel contra* tab*ul*as testamenti patrono competit.

§. 49. Patronae olim ante legem Papiam hoc solum ius habebant in bonis libertoru*m*, quod etiam patronis *e*x lege XII tabularum datum est. n*e*c *eni*m ut contra tabulas te*sta*menti, in **quo** *praeteritae* eran*t*, uel ab intestato contra f*i*lium adoptiuum uel uxorem nurumue bonorum possessionem par*tis* d*imidiae* peterent, Praetor si*mi*liter ************************************ §. 50. **Sed postea lex Papia** duob**us liberis** honora*t*ae ingenuae patronae, libertinae tribus, eadem fere iura dedit, quae ex edicto Praetoris patroni habent. trium uero liberorum iure honoratae ingenuae patronae ea iura dedit, quae per eandem legem patrono data sunt: libertinae autem patronae non idem iuris praestitit. §. 51. Quod autem ad libertinarum bona pertinet, siquidem intestatae decesserint, nihil noui patronae liberis honoratae lex Papia praestat. itaque si neque ipsa patrona, neque liberta *capite deminuta* sit, ex lege XII tabularum ad eam hereditas pertinet, et excluduntur libertae liberi: quod iuris est etiamsi liberis honorata non sit patrona; numquam enim, sicut supra diximus, feminae suum heredem habere possunt. si uero uel huius, uel illius capitis deminutio interueniat, rursus liberi libertae excludunt patronam, quia, legitimo iure *capitis deminutione* *p*erempto, euenit, ut liberi libertae cognationis iure potiores habeantur. §. 52. Cum autem testamento facto moritur liberta, ea quidem patron*a*, quae liberis honorata non est, nihil iuris habet contra libertae testamentum: e*i* vero, quae liberis honorata sit, hoc ius tribuitur per legem Papiam, quod habet ex edicto patronus contra tabulas liberti.

§. 53. Eadem lex patrona*e* filiae liberis honoratae patroni iura dedit. sed in huius persona etiam unius filii filiaeue ius sufficit.

§. 54. Hactenus omnia iura quasi per indicem tetigisse satis est: alioquin diligentior interpretatio propriis commentariis exposita est.

§. 48. Conf. infra §. §. 58. et 64.

§. 49. Conf. Vlpianus, Fragm. XXVII, §. 1. XXIX, §. 6.

§. 50. *Sed — — — habent.* Conf. Vlpianus, Fragm. XXIX, §. 6. *trium — — data sunt.* Conf. Idem, XXIX, §. 7, ubi sic legendum: Item *ingenuae* trium liberorum iure honoratae eadem lex id jus dedit, quod *ipsa patrono* tribuit. Vulgo ita legitur: Item *liberis ingenuae* t. l. j. h. e. l. i. j. d. q. *ipsi patronae* tribuit. In Cod. Vatic. est: Item *ingenui* t. l. j. h. e. l. i. j. d. q. *ipsi patrono* tribuit. *quae per eandem legem patrono data sunt.* Conf. supra §. 42.

§. 51. *sicut supra diximus.* Conf. Commentar. II. §. 161. Gajus idem fortasse significavit huj. Commentar. §. 43. *legitimo iure capitis deminutione perempto.* Conf. Vlpianus, Fragm. XXVII, §. 5. §. 9. I. de SCto Orphit.

y los hijos. . . . . aunque no es bastante esplícita la disposicion de la ley en esta parte.

§. 48. De lo dicho resulta que los herederos estraños del patrono. . . . .
. . . .

§. 49. Antiguamente antes de la ley Papia no tenian las patronas sobre los bienes de sus libertos mas derechos que los que la ley de las Doce Tablas confería á los patronos; porque con el objeto de que no reclamasen la posesion de la mitad de los bienes contra lo dispuesto en el testamento, si en él se las hubiese preterido, ó contra el hijo adoptivo, la esposa ó la nuera en caso de abintestato, el pretor. . . . .

§. 50. Sin embargo, la ley Papia concedió despues á las patronas ingénuas que tuviesen dos hijos, y á las libertinas que tuviesen tres, casi los mismos derechos que por el edicto del pretor tienen los patronos. Tambien concedió á las patronas ingénuas madres de tres hijos iguales derechos que en la misma ley se confieren á los patronos; pero no hizo estensiva esta disposicion á las patronas libertinas.

§. 51. Por lo que respecta á los bienes de las libertas que fallecieren intestadas, nada nuevo ha introducido la ley Papia en favor de las patronas ilustradas por una numerosa descendencia, y así, cuando ni la patrona ni la liberta han sufrido la *capitis* diminucion, corresponde la herencia á la patrona segun la ley de las Doce Tablas, y quedan escluidos los descendientes de la liberta; lo mismo sucede aun cuando no pueda la patrona ostentar el título de madre, pues que nunca pueden las mujeres tener un heredero *suyo*, como hemos asentado anteriormente. Pero si la liberta ó la patrona hubieren sufrido la *capitis* diminucion, escluyen en este caso á la patrona los descendientes de la liberta, porque destruyéndose por la *capitis* diminucion el derecho legítimo, deben ser preferidos aquellos en virtud de su derecho de cognacion.

§. 52. Mas cuando la liberta muere testada, ningun derecho tiene contra su testamento la patrona que no lleve el honorífico título de madre; empero la que lo tenga, goza en virtud de la ley Papia del mismo derecho concedido al patrono por el edicto contra el testamento del liberto (*contra tabulas liberti*).

§. 53. Esta misma ley ha concedido los derechos del patrono á la hija de la patrona que se ilustre con el título de madre, bastándole para ello tener un solo hijo ó hija.

§. 54. Habiendo espuesto estas materias con detenimiento en comentarios especiales, nos ha parecido bastante indicar aquí sumariamente todas estas disposiciones.

——— ——— ——— ——— §. 55. Sequitur, ut de bonis Latinorum libertinorum dispiciamus.

§. 56. Quae pars iuris ut manifestior fiat, admonendi sumus, de quo alio loco diximus, eos, qui nunc Latini Iuniani dicuntur, olim ex iure Quiritium seruos fuisse, sed auxilio Praetoris in libertatis forma seruari solitos; unde etiam res eorum peculii iure ad patronos pertinere solita est: postea uero per legem Juniam eos omnes, quos Praetor in libertate tuebatur, liberos esse coepisse, et appellatos esse Latinos Iunianos: Latinos ideo, quia lex eos liberos perinde esse uoluit, atque si essent ciues Romani ingenui, qui ex urbe Roma in Latinas colonias deducti Latini coloniarii esse coeperunt; Iunianos ideo, quia per legem Iuniam liberi facti sunt, etiamsi non ciues Romani. nam ** legis Iuniae lator cum intellegeret futurum, ut ea fictione res Latinorum defunctorum ad patronos pertinere desinerent, *************** *ut* serui *d*ecederent, ut possent *************** eorum ad patronos pertinere, neque liberti Latini hominis bona possent manumissionis iure ad patronos pertinere: necessariu**m existimauit**, ne beneficium istis datum in iniuriam *patrono*rum conuerteretur, cauere, *********** libertorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset. itaque iure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores *********** pertinent. §. 57. ****************** differant *ea* iura, quae in bonis Latinorum ex lege Iunia constituta sunt, ab his, quae in hereditate ciuium Romanorum libertorum obseruantur. §. 58. Nam ciuis Romani liberti hereditas ad extraneos heredes patroni nullo modo pertinet: ad filium autem patroni nepotesque ex filio, et pronepotes ex nepote ***** nato omnimodo pertinet, etiamsi (*a*) parente fuerint exheredati. Latinorum autem bona tamquam peculia seruorum etiam ad extraneos heredes pertinent, et ad liberos manumissoris exheredatos non pertinent. §. 59. Item *ciuis Romani liberti* hereditas ad duos pluresue patronos aequaliter pertinet, licet dispar in eo seruo dominium habuerint:

§. 56. *de quo alio loco diximus*. Vid. Commentar. I. §. 22. *eos, qui nunc ——— solita est*. Conf. Fragm. veter. ICti de jur. specieb. §. §. 6. 7. 10. *postea ——— etiamsi non ciues Romani*. Conf. cit. Fragm. §. 8. Vlpianus, Fragm. I, §. 10. L. un. pr. C. de Lat. libert. toll. (Iustinian.) *itaque iure quodammodo peculii* etc. Conf. §. ult. I. de success. liberto. cit. L. un. C.
§. 58. *Nam ——— omnimodo pertinet*. Conf. infra §. 64. et supra §. §. 48. 45. *Latinorum* etc. Conf. infra §. 63. sq.

TITULO IV.

De los bienes de los libertos latinos.

§. 55. Réstanos ahora examinar los bienes de los libertos latinos.

§. 56. Para hacer mas clara esta parte del derecho, recordaremos lo que ya hemos dicho en otro lugar, á saber, que los que hoy se llaman latinos junianos, fueron siervos en otro tiempo por el derecho quiritario, y despues, gracias al auxilio del pretor, se introdujo la costumbre de tratarlos en cierto modo cual si gozasen de libertad; de donde resultaba tambien que sus bienes pertenecian ordinariamente á los patronos como verdaderos peculios; pero posteriormente todos aquellos á quienes el pretor mantenia en cierta libertad, empezaron á ser realmente libres en virtud de la ley Junia y se llamaron latinos junianos. Latinos, porque esta ley les concedia una libertad semejante á la que disfrutaban los ciudadanos romanos ingénuos que, llevados de Roma á las colonias latinas, se convertian en colonos latinos; y junianos, porque la ley Junia los hizo libres aunque no ciudadanos romanos. En efecto, previendo el autor de la ley Junia que mediante esta ficcion dejarían de pertenecer á los patronos los bienes de los latinos difuntos. . . . . . pues que muriendo estos con la cualidad de hombres libres, no podrían sus bienes pertenecer al patrono por derecho de manumision, juzgó necesario, para evitar que el beneficio concedido á aquellos no se tornase en daño de los patronos, *que los bienes* de los libertos perteneciesen á los manumisores, como si no se hubiese promulgado la ley. Por consiguiente, los bienes de los latinos no han dejado de considerarse como una especie de peculio, y pertenecen como tal á los manumisores.

§. 57. De aquí la diferencia que existe entre los derechos concedidos por la ley Junia sobre los bienes de los latinos, y los que pueden ejercitarse sobre la herencia de los libertos que son ciudadanos romanos.

§. 58. En efecto, nunca puede corresponder á los herederos estraños del patrono la herencia de los libertos, ciudadanos romanos, al paso que pertenece siempre á los hijos de aquel y á sus nietos y biznietos por línea de varon, aun cuando los hubiere desheredado. Por el contrario, los bienes de los latinos, como peculios de esclavos, pertenecen aun á los herederos estraños, y nunca á los descendientes del patrono que estén desheredados.

§. 59. Además la herencia de un liberto ciudadano romano se divide por partes iguales entre dos ó mas patronos, aunque hubiesen tenido sobre él, cuando era esclavo, un dominio desigual, en tanto que los bienes de los latinos se dividen en pro-

bona uero Latinorum pro ea parte pertinent, pro qua parte quisque eorum dominus fuerit. §. 60. Item in hereditate ciuis Romani liberti patronus alterius patroni filium excludit, et filius patroni alterius patroni nepotem repellit. bona autem Latinorum et ad ipsum patronum et ad alterius patroni heredem simul pertinent pro qua parte ad ipsum manumissorem pertinerent. §. 61. Item si unius patroni tres forte liberi sunt et alterius unus, hereditas ciuis Romani liberti in capita diuiditur, id est, tres fratres tres portiones ferunt, et unus quartam: bona uero Latinorum pro ea parte ad successores pertinent, pro qua parte ad ipsum manumissorem pertinerent. §. 62. Item si alter ex *h*is patronis suam partem in hereditate ciuis Romani liberti spernat, uel ante moriatur quam cernat, tota hereditas ad alterum pertinet: bona autem Latini pro parte decedentis patroni caduca fiunt, et ad populum pertinent.

§. 63. Postea Lupo et Largo Consulibus senatus censuit, ut bona Latinorum primum ad *eos* pertinerent, qui eos liberass*ent*; deinde ad liberos eorum non nominatim exheredatos, uti quisque proximus esset: tunc antiquo iure ad heredes eorum, qui liberassent, pertinerent. §. 64. Quo senatusconsulto quidam (*id*) actum esse putant, ut in bonis Latinorum eodem iure utamur, quo utimur in hereditate ciuium Romanorum libertinorum. idemque maxime Pegaso placuit. quae sententia aperte falsa est. nam ciuis Romani liberti hereditas nunquam ad extraneos patroni heredes **pertinet: bona autem** Latinorum etiam ex hoc ipso senatusconsulto, non obstantibus liberis manumissoris, etiam ad extraneos heredes pertinent. item in hereditate ciuis Romani liberti liberis manumissoris nulla exheredatio nocet: in bonis Latinorum *autem noc*ere nominatim factam exheredationem *ip*so senatusconsulto significatur. ************ hoc solum eo senatusconsulto actum esse, ut manumissoris liberi, qui nominatim exheredati non sint, praeferantur extraneis heredibus. §. 65. *Itaque* et emancipatus filius patroni praeteritus, quamuis

§. 60. *Item — — — repellit*. Conf. Vlpianus, Fragm. XXVII, §. §. 2. 3. §. 3. I. de success. libertor.

§. 61. *Item — — — quartam*. Conf. Vlpianus, Fragm. XXVII. §. 4. cit. §. 3. I. de success. libertor.

§. 63. Conf. §. ult. I. de success. libertor. L. un. pr. et §. 12. C. de Lat. libert. toll. (Iustinian.) item supra §. 58.

§. 64. *nam ciuis Romani — — pertinet*. Conf. supra §. §. 58. et 48.

porcion al dominio que cada uno de los patronos hubiere tenido respectivamente en el esclavo.

§. 60. Por otra parte, cuando se trata de la sucesion de los libertos ciudadanos romanos, escluye uno de los patronos al hijo del otro, y el hijo de cualquiera de ellos al nieto del otro; cuando por el contrario, si se trata de los bienes de los latinos, entran á heredar simultáneamente uno de los patronos y el heredero del otro, recibiendo este la parte que hubiera debido pertenecer al manumisor, cuya accion representa.

§. 61. Del mismo modo si concurren á la sucesion de un liberto ciudadano romano tres descendientes de un patrono y uno solo de otro, se divide la herencia por cabezas, es decir, se hacen cuatro partes iguales, tres para los tres descendientes del un patrono y una para el descendiente único del otro; pero en igualdad de circunstancias los bienes de un latino se dividen entre los sucesores de los patronos en proporcion á la parte que respectivamente hubiera debido corresponder á cada uno de los manumisores, cuya accion representan aquellos.

§. 62. Igualmente si uno de los patronos renuncia la herencia de un liberto ciudadano romano, ó muere antes de aceptarla, pasa toda al otro patrono, al paso que cuando se trata de los bienes de un latino, la parte del patrono difunto se convierte en bienes vacantes (*bona caduca*), y pertenece al pueblo.

§. 63. Posteriormente, siendo cónsules Lupo y Largo, decidió el senado que los bienes de los latinos perteneciesen en primer lugur á sus manumisores, y á falta de estos á sus descendientes no desheredados espresamente segun su grado de parentesco, y que en caso de desheredacion espresa de los descendientes pasasen, conforme al derecho antiguo, á los herederos de los mismos manumisores.

§. 64. Algunos autores han creido que por este senadoconsulto se estableció, con respecto á los bienes de los latinos, un derecho semejante al que tenemos sobre la herencia de los libertos ciudadanos romanos. Tal es particularmente la opinion de Pegaso, errónea por otra parte á todas luces. Nunca en efecto puede pertenecer la herencia de un liberto ciudadano romano á los herederos estraños del patrono, mientras que sucede lo contrario, segun dicho senadoconsulto, con los bienes de los latinos cuando no ha dejado descendencia el manumisor. Además en nada perjudica la desheredacion á los descendientes del manumisor, tratándose de la herencia de un liberto ciudadano romano; al paso que el mismo senadoconsulto, cuando son desheredados espresamente, los declara escluidos de la herencia de los latinos. . . . . lo único que resulta del senadoconsulto es que los descendientes del manumisor, cuando no están espresamente desheredados, deben ser preferidos á los herederos estraños.

§. 65. Así aun el hijo mancipado del patrono que haya sido

contra tabulas testamenti parentis sui bonorum possessionem non petierit, tamen extraneis heredibus in bonis Latinorum potior habetur. §. 66. Item filia ceteri*que*, quos *ex*heredes licet iure ciuili **facere inter ceteros*, *quamuis id suff**icia*t*, *ut* ab omni *hereditate patr*is sui s*u*mmou*eantur*, tamen in bonis Latin*i*, nisi nominatim a parente fuerint exheredati, potiores erunt extraneis heredibus. §. 67. Item ad *li*beros, qui a*b* hereditate parentis se abstinuerunt *** a*b* hereditate * exheredati nullo modo dici possunt, non magis quam qui testamento silentio praeteriti sunt. §. 68. *E*x *h*is omnibus satis illud apparet, si is, qui Latinum fecerit *************************************** ——— ——— ——— ———

§. 69. Item *************************************** dispar * ********* **

*pu*tant ad eos pertinere, qui*a* nullo interueniente extraneo herede senatusconsulto lo*cu*s non est. §. 70. *S*et si cum liberis suis etiam extraneum heredem patronus reliquerit, *C*aelius Sabinus ait, tota bona pro uirilis partibus ad liberos defuncti pertinere, quia cum extrane*u*s heres interueni*t*, non habet lex Iunia locum, sed senatusconsultum. Iauolenus autem ait, tantum eam partem ex senatusconsulto liberos patroni p*r*o uirilibus partibus habituros esse, quam extranei heredes ante senatusconsultum lege Iunia habituri essent, reliquas uero partes pro hereditariis partibus ad eos pertinere. §. 71. Item quaeritur, an hoc senatusconsultum ad eos patroni liberos pertineat, qui ex filia nep*te*ue procreantur, id est, ut nepos meus ex filia potior sit in bonis Latini mei quam extraneus heres. item, ad maternos Latinos hoc senatusconsultum pertineat, quaeritur, id est, ut in bonis Latini materni potior sit patronae filius, quam heres extraneus matris. Cassio placuit, utroque casu locum esse senatusconsulto. sed huius sententiam plerique inprobant, quia senatus de his liberis patronarum nihil sentiat, qui aliam familiam sequerentur. idque ex eo apparet, quod nominatim exheredatos summoueat: nam uidetur de his

§. §. 69—73. Conf.: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeben von Savigny, Eichhorn und Goeschen. Tom. III. pag. 165—168.

preterido, aunque no pidiere la posesion de los bienes de su padre contra lo dispuesto en el testamento, es no obstante preferido á los herederos estraños, tratándose de los bienes de un latino.

§. 66. Tambien la hija y todos los demas descendientes, á quienes, segun el derecho civil, basta desheredar colectivamente para que queden escluidos de toda la herencia paterna, con todo son preferidos á los herederos estraños para obtener los bienes de un liberto latino, á no ser que esten desheredados nominalmente.

§. 67. Tambien para los hijos que se hubieren abstenido de la herencia paterna. . . . . de ningun modo puede decirse que hayan sido desheredados, como tampoco se dice de los preteridos en el testamento.

§. 68. Resulta evidentemente de lo espuesto que si aquel que hiciere á uno latino. . . . .

(*Hic pagina integra desideratur.*)

§. 69. . . . . juzgan que pertenece á aquellos, porque no tiene aplicacion el senadoconsulto, cuando no hay herederos estraños.

§. 70. Pero si el patrono hubiere dejado descendientes y un heredero estraño al mismo tiempo, dice Celio Sabino que todos los bienes pertenecen á los descendientes del difunto por partes *viriles*, á causa de que existiendo un heredero estraño, no tiene aplicacion la ley Junia sino el senadoconsulto. Javoleno por el contrario afirma que en virtud del senadoconsulto los descendientes del patrono deben dividir entre sí por partes *viriles* solo aquella porcion de herencia que, conforme á la ley Junia y antes de la promulgacion de aquel, habría tocado á los herederos estraños, y que el resto de la herencia pertenece á estos en proporcion á la parte que en ella tuviese cada uno.

§. 71. Dispútase tambien si el senadoconsulto debe aplicarse á los descendientes del patrono nacidos de su hija ó nieta, es decir, si el hijo de mi hija debe ser preferido para la sucesion de mi liberto latino á mi heredero estraño; é igualmente si es aplicable el senadoconsulto cuando se trata de latinos maternos, esto es, si el hijo de la patrona debe ser preferido al heredero estraño de la madre en la sucesion del latino materno. Cassio opina que en uno y otro caso tiene aplicacion el senadoconsulto; pero su opinion está generalmente desechada, porque no hay en el senadoconsulto de que se trata disposicion alguna relativa á los descendientes de las patronas que pertenecieren á otra familia, como se deduce clarísimamente del solo hecho de escluir á los descendientes nominalmente desheredados. Vemos, pues, que el senadoconsulto habla tan solamente de aquellos á quie-

sentire, qui ex*h*eredari a parente solent, si heredes non instituantur; neque autem matri filium filiamue, neque auo materno nepotem neptemue, si eum eamue heredem non instituat, exheredare necesse est, siue de iure ciuili quaeramus, siue de edicto Praetoris, quo praeteritis liberis contra tabulas testamenti bonorum possessio promittitur.

§. 72. Aliquando tamen ciuis Romanus libertus tamquam Latinus moritur, ueluti si Latinus saluo iure patroni ab Imperatore ius Quiritium consecutus fuerit. nam *ita* diuus Tr*a*ianus constituit, si Latinus inuito uel ignorante patrono ius Quiritium ab Imperatore consecutus sit. quibus casibus dum uiuit iste libertus, ceteris ciuibus Romanis libertis similis est, et iustos liberos procreat; moritur autem Latini iure: nec ei liber*i* eius heredes *es*se possunt; et in hoc tantum habet testamenti factionem, uti patronum heredem instituat, eiqu*e*, si heres esse noluerit, alium substituere possit. §. 73. Et quia hac constitutione uidebatur effectum, ut numquam isti homines tamquam ciues Romani morerentur, quamuis eo iure postea usi essent, quo uel ex lege *Aelia* Sentia, uel ex senatusconsulto ciues Romani essent: diuus Hadrianus, iniquitate rei motus, auctor fuit senatusconsulti *f*aciundi, ut qui ignorante uel recusante patrono ab Imperatore ius Quiritium consecuti essent, si eo iure postea usi essent, quo ex lege Aelia Sentia, uel ex senatusconsulto, si Latini man*sis*sent, ciuitatem Romanam consequerentur, proinde ipsi haberentur, ac si lege Aelia Sentia uel senatusconsulto ad ciuitatem Romanam peruenissent.

§. 74. Eorum autem, quos lex Aelia Sentia dediticiorum numero facit, bona modo quasi *ciuium Romanorum* liber*t*orum, modo quasi Latinorum ad patronos pertinent. §. 75. Nam eorum bona qui, si in aliquo uitio non essent, manumissi ciues Romani futuri essent, quasi ciuium Romanorum patronis eadem lege tribuuntur. non tamen hi habent etiam testamenti factionem;

§. 72. *Aliquando — — — moritur autem Latini iure*. Conf. §. ult. I. de success. libertor. L. un. pr. et §. 12. C. de Lat. libert. toll. (Iustinian.)

§. 73. *quo uel ex lege Aelia Sentia uel ex senatusconsulto ciues Romani essent*. Conf. supra Commentar. I. §. 29. sq. §. §. 66. 67. §. 69. sq.

§. 74. *quos lex Aelia Sentia dediticiorum numero facit*. Conf. supra Commentar. I. §. 13. sq.

§. 75. *non tamen hi habent* etc. Conf. supra Commentar. I. §. §. 25. et 26.

nes suelen desheredar los ascendientes no instituyéndolos herederos, y es incontestable que ni la madre necesita desheredar á su hijo ó hija, ni el abuelo materno á su nieto ó nieta, para dejar de instituirlos herederos, ora atendamos al derecho civil, ora al mismo edicto del pretor que promete á los descendientes preteridos la posesion de los bienes, no obstante lo dispuesto en el testamento (*contra tabulas testamenti*).

§. 72. Algunas veces, sin embargo, puede suceder que el liberto ciudadano romano muera latino, por ejemplo, cuando el emperador hubiere concedido á un latino el título de ciudadano romano sin perjuicio de los derechos de su patrono. Así lo dispuso el emperador Trajano respecto de aquellos latinos que sin anuencia ó conocimiento de su patrono obtuviesen del emperador los derechos de ciudadanía romana. En tales casos es semejante el latino, mientras vive, á los demas libertos ciudadanos romanos, y puede procrear hijos legítimos; mas cuando muere, vuelve á la condicion de latino, y no pueden heredarle sus ascendientes, teniendo el derecho de testamentifaccion solo para instituir heredero á su patrono, ó para sustituirle otro heredero en el caso de no aceptar aquel la sucesion.

§. 73. Y por cuanto parecia resultar de esta constitucion que nunca podrían morir los tales libertos con la cualidad de ciudadanos romanos, aunque hubiesen adquirido despues este título por los medios que les ofrece la ley Ælia Sencia ó el senadoconsulto, movido el emperador Adriano del deseo de evitar tamaña injusticia, hizo establecer por medio de un senadoconsulto que los libertos latinos declarados ciudadanos por el emperador sin consentimiento ó noticia de sus señores, si despues empleasen los medios por los cuales, á permanecer latinos, hubieran alcanzado la ciudadanía romana segun lo dispuesto en la ley Ælia Sencia y el senadoconsulto, gozasen de todas las consideraciones de ciudadanos romanos, cual si hubiesen adquirido este carácter á virtud de dicha ley ó del senadoconsulto.

TITULO V.

De los bienes de los libertos dediticios.

§. 74. En cuanto á los bienes de aquellos libertos colocados por la ley Ælia Sencia en el número de los dediticios, pertenecen á los patronos, en unos casos como bienes de libertos ciudadanos romanos, y en otros como de libertos latinos.

§. 75. En efecto, los bienes de aquellos libertos que á no estar manchados con algun castigo infamante, hubieran adquirido por la manumision el derecho de ciudadanía romana, corresponden por las disposiciones mismas de la ley Ælia Sencia al patrono, del propio modo que si hubiesen obtenido los derechos de ciudadano romano. Esto no obstante, la opinion mas gene-

nam id plerisque placuit, nec inmerito: nam incredibile uidebatur, pessim_ae_ condicionis hominibus uoluisse legislatorem testamenti faciundi ius concedere. §. 76. Eorum uero bona qui, si non in aliquo uitio essent, manumissi futuri Latini essent, proinde tribuuntur patronis, ac si Latini decessissent. nec me praeterit, non satis in ea re legislatorem uoluntatem suam uerbis expressisse.

§. 77. Videamus autem et de ea successione, quae nobis ex emptione bon_o_rum competit. §. 78. Bona autem ueneunt aut uiuorum, aut mortuorum. uiuorum uelut eorum, qui fraudationis causa latitant, nec absentes defenduntur; item eorum, qui ex lege Iulia bonis cedunt; item iudicatorum post tempus, quod eis partim lege XII tabularum, partim edicto Praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur. mortuorum bona ueneunt uelut eorum, quibus certum est neque heredes, neque bonorum possessores, neque ullum alium iustum successorem existere. §. 79. Siquidem uiui bona ueneant, iubet ea Praetor per dies continuos XXX poss_i_deri _e_t proscribi; si uero mortui, post dies XV. postea iubet conuenire creditores, et ex eo numero magistrum creari, id est, eum, per quem bona ueneant. itaque si uiui bona ueneant, in diebus ****** ** iubet, si mortui in ****************; _nam u_iui bona XXX, mortui uero XX emptori addici iubet. quare autem tardius uiuentium bonorum uenditio_nem_ complere iube_at_, illa ratio est, quia de uiuis curandum erat, ne facile bonorum uenditiones paterentur. §. 80. Neque ** bonorum possess ******* ***** **** pleno iure fiunt, sed in bonis efficiuntur; *** autem ita demum adquiruntur, si usuc_apiuntur_. interdum quidem bonorum emptorib_us_ ***** *** quidem ************************ si per eos ******* bonorum emptor ********************************

———— ———— ———— ———— ***********

*** §. 81. Item qu_ae_ **** ************** aut ipse debuit, neque bonorum possessor_es_, _neque_ bon_o_rum emptor_es_ ipso iure debe_nt_ **************** *** de omnibus rebus ********************* **** ********************************* _pro_ponemus.

§. 82. Sunt autem etiam alterius gener_i_s successiones, *_quae_* neque lege XII tabularum, neque Praetoris edicto, sed eo iure,

§. 77. Conf. pr. I. de success. sublat.

§. 78. Conf. Cicero, pro Quintio, cap. 19. Vlpianus, L. 7. §. 1. quib. ex caus. in possess. eatur. _tempus quod eis partim lege XII tabularum_. Conf. Gellius, Lib. XV, cap. 13. Lib. XX, cap. 1.

§. 79. Conf. Theophilus, III, 12, pr. Cicero, pro Quintio, cap. 6. 8. 23. _ex eo numero magistrum creari._ Conf. Cicero, ad Atticum, Lib. I, epist. 1. et Lib. VI, epist. 1. pro Quintio, cap. 15. Quintilianus, Institut. orator. Lib. VI, cap. 3. §. 51.

§. §. 80. 81. Conf. infra Commentar. IV, §. 35. item Theophilus, loc. cit. et Varro, de Re rust. Lib. II, cap. 10. §. 4.

§. 82. _Sunt — — — se in adoptionem dedit._ Conf. pr. I. de acquisit. per arrogat. _mulierque in manum conuenit._ Conf. Cicero, Topic. cap. 4. ibique Boethius. Vlpianus, Fragm. XIX, §. 18. XXIV, §. §. 23. 24. item supra Commentar. II. §. §. 86. 87. 89. 90. et infra huj. Commentar. §. 163.

ral niega á dichos libertos el derecho de testamentifaccion. Y con sobrado fundamento, porque parecia increible que el legislador hubiese querido conceder este derecho á hombres de condicion tan ínfima y deplorable.

§. 76. Por el contrario, los bienes de aquellos libertos que se hubieran hecho latinos por la manumision, á estar exentos de infamia, pertenecen al patrono como si hubiesen fallecido siendo realmente latinos. No debemos callar, sin embargo, que las espresiones del legislador sobre esta materia no espresan suficientemente su voluntad.

TITULO VI.

De las demas sucesiones universales.

§. 77. Examinemos ahora la sucesion que nos compete por la compra de los bienes.

§. 78. Los bienes de las personas pueden venderse durante su vida ó despues de su fallecimiento. Se venden durante su vida, cuando alguno se oculta con ánimo de defraudar á otro y no se defiende durante su ausencia; cuando uno hace cesion de sus bienes en virtud de la ley Julia, y por último, cuando despues de un juicio espira el término concedido para el pago tanto por la ley de las Doce Tablas como por el edicto del pretor. Despues de su fallecimiento se venden los bienes de aquellas personas de quienes se sabe ciertamente que no existen herederos poseedores de bienes ni sucesor alguno legítimo de cualquier otro género.

§. 79. Cuando se venden los bienes en vida de una persona, manda el pretor que sean embargados (*possideri*) y anunciados por carteles durante treinta dias contínuos; al paso que bastan quince, si se venden despues de muerta la persona. En seguida manda que se reunan los acreedores y que se nombre un síndico (*magistrum*) de entre ellos, es decir, uno que se encargue de la venta. Si se trata, pues, de vender los bienes de una persona viva, ordena que en el espacio de. . . . . y si de una muerta en el de. . . . . porque á los treinta dias, si es viva la persona, ó á los veinte si muerta, manda adjudicar sus bienes al comprador. La razon de conceder mas tiempo respecto de los bienes de los vivos, era evitar en lo posible que estos se viesen espuestos á sufrir la venta de bienes.

§. 80. . . . .

§. 81. . . . .

(*Hic duodecim lineæ desunt.*)

§. 82. Hay tambien sucesiones de otro género, no introducidas por la ley de las Doce Tablas ni por el edicto del pretor,

(*quod*) consensu receptum est, introductae sunt; **uelut** cum paterfamilias se in adoptionem de*dit* mulierque in manum conuenit. §. 83. ************** res incorporales et corporales, quaeque ei debitae sunt, patri ado*ptiuo* coemptionatoriue adquiruntur, exceptis iis, quae per capitis deminutionem pereunt; quales sunt ususfructus, operarum obligatio ************ quae per iusiurandum contracta est, et ******************* legitimo iudicio. §. 84. *Sed e diuerso* * **************** adoptionem dedit *** ********************** ************ coemptionatorem, aut ad patrem adoptiuum ****** hereditarium aes alienum * ******** **** ****** ipse pater adoptiuus succed*it* ****** *** heres fit, directo tenetur iure *** *********** se adoptandum dedit, ************** ****************** desin*un*t *esse* heredes. de eo uero, quod ****** ****** ********** personae debuerint, licet neque pater ado*ptiu*us teneatur, neque coemptionator, **neque** ipse quidem, qui se in adoptionem ded**it*, *uel** quae in manum conuenit, maneat obligatus obligata*ue*, quia ********* per capitis diminutionem *liberan*tur, tamen in eum eamue ciuilis actio datur, *rescissa* capitis deminutione: et si aduersus hanc actionem non defendantur, quae bona eorum futura fuissent, si se alieno iuri non subiecissent, uniuersa uendere creditoribus Praetor permittit.

§. 85. **Item si is, ad quem ab intestato legitimo iure pertinet hereditas, eam hereditatem, antecuam cer**nat, aut pro herede gerat, alii in iure cedat, pleno iu*re h*eres **fit is, cui eam cesserit, perinde ac si ipse per** legem ad hereditatem uocaretur. quodsi, posteaquam heres extiterit, cesserit, adhuc heres manet et ob id creditoribus ipse tenebitur: sed res corporales transferet, proinde ac si singulas in iure cessisset; debita uero pere*unt*, eoque modo debitores hereditarii lucrum faciunt. §. 86. Idem iuris est si testamento scriptus heres, posteaquam heres extiterit, in iure cesserit hereditatem. ante aditam uero hereditatem cedendo nihil agit. §. 87. Suus autem et necessarius heres an aliquid agat in iure cedendo, quaeritur. nostri praeceptores nihil eos agere existimant: diuersae scholae auctores idem eos agere putant, quod ceteri post aditam hereditatem; nihil enim interest, utrum aliquis cernendo aut pro herede gerendo heres fiat, an iuris necessitate hereditati adstringatur.

§. 83. Conf. cit. pr. I. de acquisit. per arrogat.
§. 84. Conf. §. 1. I. de acquisit. per arrogat. *de eo uero* etc. Conf. infra Commentar. IV. §. §. 38. et 80.
§. §. 85—87. Conf. supra Commentar. II. §. §. 35—37.

sino por el derecho consuetudinario; como cuando un padre de familia se dá en adopcion ó se constituye una mujer en el poder de su marido.

§. 83. . . . . las cosas corporales é incorporales que le pertenezcan, se adquieren por el padre adoptivo ó por el coempcionador, salvo aquellas que perecen por la *capitis* diminucion, como el usufructo, la obligacion de servicios (*operarum*). . . . .

§. 84. . . . .

(*Hic novem lineæ desunt.*)

Por lo que respecta á sus deudas personales, aunque no quedan obligados á ellas ni el padre adoptivo ni el coempcionador, ni aun el mismo que se dá en adopcion ó se somete al poder (*in manum convenit*), porque. . . . . se libran por la *capitis* diminucion; sin embargo, se ha concedido contra estas personas una accion civil que rescinde la *capitis* diminucion; y si de dicha accion no se defendieren, permite el pretor á los acreedores la venta de todos aquellos bienes que hubieran pertenecido á las personas de que se trata, á no haberse sometido á la potestad de otro.

§. 85. Del mismo modo si aquel á quien corresponde por la ley la herencia *abintestato*, la cediere judicialmente á otro antes de aceptarla ó de obrar como heredero, llegará este otro á serlo de pleno derecho cual si la ley le llamase á la herencia. Empero si hace la cesion despues de declarado heredero, continúa siéndolo no obstante la cesion, y queda por lo mismo obligado para con los acreedores, si bien transfiere mediante la cesion la propiedad de las cosas corporales, no de otra manera que si las cediese judicialmente una por una. En cuanto á las deudas que tuviere á su favor la herencia, quedan estinguidas en virtud de la cesion con gran ganancia de los deudores hereditarios.

§. 86. Esta disposicion se aplica tambien al caso en que el heredero instituido en testamento cediere judicialmente la herencia, despues de entrar en el goce de la sucesion, siendo por el contrario nula la cesion hecha antes de adir la herencia.

§. 87. Hay diversas opiniones sobre la validez de la cesion judicial hecha por un heredero *suyo* y necesario. Nuestros maestros la creen nula, mas los autores de la escuela opuesta opinan que semejante cesion produce el mismo efecto que la hecha por cualquier otro heredero despues de haber adido la herencia; nada importa en efecto que uno llegue á ser heredero por aceptar la herencia (*cernendo*) ú obrar voluntariamente como tal, ó que lo sea porque la ley lo ligue necesariamente á la herencia.

§. 88. *Nunc transeamus* ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species deducitur. omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur, uel ex delicto.

§. 89. Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio, aut uerbis, aut litteris, aut consensu.

§. 90. Re contrahitur obligatio uelut mutui datione. (*quae*) proprie in his fere rebus contingit, qua*e* pondere, numero, mensura consta*nt*: qualis est pecunia numerata, uinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum. quas res aut numerando, aut metiendo, aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant, et quandoque nobis non ea*e*dem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita *ti*bi a me datum est, ex meo tuum fit. §. 91. Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem soluit, re obligatur. nam proinde ei condici potest, SI PARET EVM DARE OPORTERE, ac si mutuum accepisset. unde quidam putant, pupillum aut mulierem, cui sine t*u*toris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione. sed hae*c* species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is, qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium, quam contrahere.

§. 92. Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, uelut: DARI SPONDES? SPONDEO; DABIS? DABO; PROMITTIS? PROMITTO; FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO; FIDEIVBES? FIDEIVBEO; FACIES? FACIAM. §. 93. Sed haec quidem uerborum obligatio: DARI SPONDES? SPONDEO, propria ciuium Romanorum est: cete-

§. 88. *Nunc — obligationes.* pr. I. de obligat. *quarum* etc. Conf. Epitome, II, 9, pr. L. 1. pr. de obligat. et act. (ex Nostri Reb. cottid.) §. 2. I. de obligat.

§. 89. Conf. cit. §. 2. I. de obligat. Epitome, II, 9. pr. cit. L. 1. de obligat. et act. §. 1.

§. 90. *Re — — — aurum.* Conf. Epitome, II, 9, §. 1. cit. L. 1. de obligat. et act. §. 2. pr. I. quib. mod. re contrahit. obligat. *quas res* etc. cit. pr. I. Conf. Epitome loc. cit. cit. L. 1. §. 2.

§. 91. §. 1. I. quib. mod. re contrahit. obligat. Conf. L. 5. §. 3. de obligat. et act. (ex Nostri Reb. cottid.) §. 6. I. de obligat. quasi ex contr.

§. 92. Conf. Epitome, II, 9, §. 2. *Verbis — responsione.* pr. I. de verbor. obligat. Conf. L. 1. §. 7. de obligat. et act. (ex Nostri Reb. cottid.) DARI SPONDES *etc.* §. 1. I. de verb. obligat.

§. 93, *Sed — — ciuium Romanorum est.* Conf. infra §. §. 119. 179. *et quamuis — — — Latini sermonis intellectum habeant.* Conf. cit. §. 1. I. de verb. obligat. *at illa uerborum obligatio — — — transferri possit.* Conf. Theophilus ad cit. §. 1. I. *quamuis dicatur a Graeca voce figurata esse.* Conf. Festus, sub voce Spondere.

TITULO VII.

De las obligaciones que nacen de los contratos.

§. 88. Pasemos ahora á las obligaciones, cuya principal division se reduce á dos especies, pues que toda obligacion ó nace de un contrato ó procede de un delito.

§. 89. Veamos primero qué obligaciones nacen de los contratos. Estos se dividen en cuatro clases, segun que la obligacion se contrae por la cosa, por palabras, por escrito ó por el consentimiento.

TITULO VIII.

De las obligaciones reales.

§. 90. Contraese obligacion por la cosa, en el mútuo, por ejemplo; lo que sucede especialmente con aquellas cosas que constan de peso, número y medida, como el dinero, el vino, el aceite, el trigo, el cobre, la plata, el oro. Damos en mútuo estas cosas contándolas, midiéndolas ó pesándolas, para que se hagan propias del que las recibe y nos vuelva despues, no las mismas cosas, sino otras de igual naturaleza; y de aquí el llamarse mútuo, por cuanto lo que yo te diere en tal concepto, de *mio* que era, pasa á ser *tuyo* (*ex meo tuum fit*).

§. 91. Tambien aquel que recibe de otro lo que este no le debia y le pagó por error, se obliga *por la cosa*; pues puede intentarse contra él la condicion SI PARET EUM DARE OPORTERE, del mismo modo que si se le hubiese hecho un préstamo. Por donde creen algunos autores que el pupilo ó la mujer á quienes se pagare sin autorizacion de su tutor lo que no se les deba, no pueden ser obligadas por la condicion como no lo son por el mútuo; pero esta especie de obligacion parece que no resulta de un contrato, porque aquel que da con intencion de pagar, antes quiere disolver la obligacion que contraerla.

TITULO IX.

De las obligaciones verbales.

§. 92. La obligacion por palabras se contrae por medio de preguntas y respuestas, tales como: ¿PROMETES DAR? PROMETO: ¿DARAS? DARE: ¿TE COMPROMETES? ME COMPROMETO: ¿EMPEÑAS FIELMENTE TU PALABRA? LA EMPEÑO FIELMENTE: ¿TE CONSTITUYES FIADOR? ME CONSTITUYO FIADOR: ¿HARAS? HARE.

§. 93. Sin embargo, la obligacion contraida por medio de las palabras: ¿PROMETES DAR? PROMETO (¿DARI SPONDES? SPON-

ra*e* uero iuris gentium sunt: itaque inter omnes homines, siue ciues Romanos, siue peregrinos, ualent. et quamuis ad Graecam uocem expressae fuerint, uelut hoc modo (*δώσεις; δώσω· ὁμολογεῖς; ὁμολογῶ· πίστει κελεύεις; πίστει κελεύω· ποιήσεις; ποιήσω*); haec tamen etiam inter ciues Romanos ualent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant. et e contrario quamuis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos ualent, si modo Latini sermonis intellect*u*m habeant. at illa uerborum obligatio: DARI SPONDES? SPONDEO, adeo propria ciuium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transf*er*ri possit; quamuis dicatur a Graeca uoce figurata esse. §. 94. Vnde dicitur, uno casu hoc uerbo peregrinum quoque obligari posse, uelut si Imperator noster Principem alicuiu*s* peregrini populi de pace ita interroget: PACEM FVTVRAM SPONDES? uel ipse eodem modo interrogetur. quod nimium subtiliter dictum est; quia si quid aduersus pactionem fiat, non ex stipulat*u* agitur, sed iure belli res uindicatur. §. 95. Illud dubitari potest, si quis ———— ———— ————

———— §. 96. obligentur: utique *cum* quaeritur de iure Romanorum. nam aput peregrinos quid iuris sit singularum ciuitatium iura requirentes aliud ******* **********

———— ———— ———— ———— §. 97. Si id, quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio: uelut si quis hominem liberum, quem seruum esse credebat, aut mortuum, quem uiuum esse credebat, aut locum sacrum uel religiosum, quem putabat *esse* humani iuris, *sibi dari* stipuletur, aeque inutilis est stipulatio. §. 98. Item si quis sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, (*uel*) uti si digito caelum tetigerit, inutilis est stipula*tio*. sed legatum sub impossibili condicione relictum nostri praeceptores prom*de ualere* putant, ac si *ea condicio adiecta non* esset: diuersae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem. et sane ui*x* idonea diuersitatis ratio reddi potest. §. 99. Praeterea inutilis ************************************ ********************************** id, quod al*i*cuius est, id ei dari

§. 94. De pace per sponsionem facta videndus est Livius, Lib. IX, cap. 5. Conferendi praeterea sunt. Idem Lib. IX, cap. 41. Cicero, pro Balbo, cap. 12.

§. 97. Conf. L. 1. §. 9. de obligat. et act. (ex Nostri Reb. cottid.) Epitome, II, 9, §. 5. §. §. 1. 2. I. de inutilib. stipulationib.

§. 98. *Item — — stipulatio*. Conf. §. 11. I. de inutilib. stipulat. Epitome, II, 9, §. 6. cit. L. 1. de obligat. et act. §. 11. *sed legatum — — adiecta non esset*. Conf. §. 10 I. de heredib. instituend.

§. 99. Conf. cit. L. 1. de obligat et act. §. 10. cit. §. 2. I. de inutilib. stipulat. *id ei dari non potest*. Conf. infra Commentar. IV. §. 4.

neo), es propia y peculiar de los ciudadanos romanos, mientras que las otras son de derecho de gentes, y por tanto tienen valor entre todos los hombres, ora sean ciudadanos romanos, ora extranjeros. Y aun cuando éstas obligaciones se espresen en griego como v. g.: δώσεις; δώσω· ὁμολογεῖς; ὁμολογῶ· πίστει κελεύεις; πίστει κελεύω· ποιήσεις; ποιήσω, son válidas entre los mismos romanos, con tal que entiendan esta lengua; así como valdrían tambien si se enunciasen en latin entre extranjeros que lo comprendiesen. Mas por lo que respecta á la obligacion contraida mediante estas palabras ¿PROMETES DAR? PROMETO, es de tal manera propia y peculiar de los ciudadanos romanos, que no sería válida si se espresase en griego, aun cuando se alegase que la fórmula de la estipulacion estaba traducida de un modo literal y enteramente exacto.

§. 94. Solo en un caso se dice que puede obligar á un extranjero esta estipulacion, y es cuando nuestro emperador preguntase al príncipe de un pueblo extranjero acerca de la paz: (¿PACEM FUTURAM SPONDES?) ó bien cuando fuese nuestro emperador el preguntado; mas esto no pasa de ser una sutileza, puesto que si semejante obligacion se infringiese, jamás se reclamaría su cumplimiento en virtud de lo estipulado sino por el derecho de la guerra. . . . .

§. 95. Puede dudarse si. . . . .

(*Hic pagina integra desideratur.*)

§. 96. . . . . se obliguen: así es ciertamente por derecho romano; mas entre los extranjeros es preciso examinar las leyes particulares de los diversos Estados. . . . .

TITULO X.

De las estipulaciones inútiles.

§. 97. Si el objeto de la estipulacion es de tal naturaleza que no puede darse, es inútil la estipulacion, como si alguno estipulase que se le habia de dar un hombre libre en la inteligencia de que era esclavo, ó un muerto á quien creyese vivo, ó un lugar sagrado ó religioso, persuadido de que era profano (*humani juris*).

§. 98. Tambien es inútil la estipulacion hecha con una condicion imposible de cumplir, como por ejemplo, la de tocar al cielo con la mano: pero nuestros maestros creen que es válido el legado hecho bajo condicion imposible, como si tal condicion no se pusiese; mientras que los autores de la otra escuela juzgan que es tan inútil el legado como la estipulacion, y en verdad que sería dificil encontrar ninguna razon sólida en favor de semejante diferencia.

§. 99. Ademas es inútil. . . . . puesto que no se dá á una persona la cosa que le pertenece.

non potest. §. 100. Denique inutilis est talis stipulatio, si quis ita dari stipuletur: POST MORTEM MEAM DARI SPONDES? uel ita: CVM MORIERIS, DARI SPONDES? id est, ut in nouissimum uitae tempus stipulatoris, aut promissoris, obligatio conferatur. nam inelegans esse uisum est, ex heredis persona incipere obligationem. rursus ita stipulari non possumus: PRIDIE QVAM MORIAR, aut: PRIDIE QVAM MORIERIS, DARI SPONDES? quia non potest aliter intellegi pridie quam aliquis morietur, quam si mors secuta sit: rursus morte secuta, in praeteritum redducitur stipulatio et quodammodo talis est: HEREDI MEO DARI SPONDES? quae sane inutilis est. §. 101. Quaecumque de morte diximus, eadem et de capitis diminutione dicta intellegimus. §. 102. Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id, quod interrogatus erit, non responderit: uelut si sestertia X a te dari stipuler, et tu sestertia V mi*hi* promittas; aut si ego pu*r*e stipuler, tu sub condicione promittas. §. 103. Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus. unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei, cuius iuri subiectus non est, dari stipuletur, in quantum ualeat stipulatio. nostri praeceptores putant, in uniuersum ualere, et proinde ei soli, qui stipulatus sit, solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset. sed diuersae scholae auctores ****************** existimant pro ************************************** actionem *** causa ****** ****************************** respondet ——————— ——————— ——————— ——————— ********************************** etiam ************** §. 104. **Item inutilis est** stipulatio s*i* ab **eo stipuler, qui iuri meo su**biectus est, ****** is a me ********* *************** *i*n mancipio *********************************** non solum ipsi ************************** sunt, obligari non poss*unt*, *s*ed ne alii quide*m* ull*i*. §. 105. Mutum neque stipulari, neque promittere posse, palam **est: quod et** in surdo receptum est: quia et is, **qui stipulatur**, uerba promittentis, et qui promittit, **uerba stipulantis**, exaudire debet. §. 106. Furiosus nullum ne**gotium gerere potest**, quia non intellegit, quid agat. §. 107. Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut, sicubi tutoris

§. 100. Conf. Epitome, II, 9, §. §. 7. 8. §. 13. I. de inutilib. stipulat. ibique Theophilus Vlpianus, L. 45. §. §. 1. 3. de verbor. obligat. Paulus, L. 46. §. 1. eod. L. un. C. ut act. et ab hered. et contra hered. incip. (Iustinian.) item infra §. §. 117. 119. 158. et supra Commentar. II. §. 232. Conf. Comm. III. §. 176. item Fragm. Vatic. §. 57.

§. 101. Conf. infra §. 153.

§. 102. §. 5. I. de inutilib. stipulat. Conf. Epitome, II, 9, §. §. 10. 9. Vlpianus, L. 1. §. §. 3. 4. de verbor. obligat. Paulus, L. 83. §. §. 2. 3. eod.

§. 103. Conf. §. 4. I. de inutilib. stipulat.

§. 104. Conf. §. 6. I. de inutilib. stipulat.

§. 105. §. 7. I. de inutilib. stipulat. Conf. cit. L. 1. de obligat. et act. §. §. 14. 15.

§. 106. §. 8. I. de inutilib. stipulat. Conf. cit. L. 1. de obligat. et act. §. 12.

§. 107. §. 9. I. de inutilib. stipulat. Conf. Vlpianus, Fragm. XI, §. 27. item huj. Commentar. §. §. 91. 119. 176. et Commentar. II. §. 83.

§. 100. Ultimamente es inútil tambien la estipulacion que sigue: ¿PROMETES DAR LUEGO QUE YO MUERA? ó esta otra: ¿PROMETES DAR AL TIEMPO DE TU MUERTE? es decir, que la obligacion se confiera en el último momento de la vida del que estipula ó del que promete; porque ha parecido poco conveniente que empiece la obligacion en la persona del heredero. Tampoco podemos estipular así: ¿PROMETES DAR EL DIA ANTES DE MI MUERTE? ó, ¿DE TU MUERTE? porque no puede saberse cuál es el dia anterior al de la muerte de alguno sino despues que ésta sobrevenga, y entonces tiene efecto retroactivo semejante estipulacion, haciéndose en alguna manera equivalente á esta otra: ¿PROMETES DAR A MI HEREDERO? la cual es ciertamente inútil.

§. 101. Lo que decimos de la muerte, debe entenderse igualmente de la *capitis* diminucion.

§. 102. Tambien es inútil la estipulacion cuando la respuesta no correspondiere á la pregunta, como si yo estipulo que me has de dar diez sestercios y tú prometes darme cinco, ó bien si yo estipulare puramente y tú prometieres bajo condicion.

§. 103. Es igualmente inútil la estipulacion que hiciéremos en favor de una persona, bajo cuya dependencia no estuviéremos constituidos (*cujus juri subjecti non sumus*). De aquí la cuestion por la que se pregunta qué valor tendrá la estipulacion que uno hiciere á la vez para sí y para otra persona en cuya dependencia no se hallare. Nuestros maestros creen que es válida en el todo esta estipulacion, y que el importe total de la obligacion debe pagarse al que estipuló, cual si en la estipulacion no se hubiese mezclado el nombre de un estraño; pero los autores de la escuela opuesta juzgan. . . . .

§. 104. De la misma manera es inútil la estipulacion que hiciéremos con una persona sometida á nuestra dependencia. . . .

§. 105. Es evidente que el mudo no puede estipular ni prometer, cuya disposicion se aplica igualmente al sordo, porque tanto debe oir el que estipula las palabras del que promete, como éste las de aquel.

§. 106. Nada puede el furioso contratar ni hacer por sí, porque ignora lo que hace.

§. 107. Lo contrario sucede al pupilo, con tal empero que

auctoritas necessaria sit, adhibeatur, uelut si ipse obligetur: nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. §. 108. Idem iuris est in feminis, quae in tutela sunt. §. 109. Set quod diximus de pupillis, utique de eo uerum est, qui iam aliquem intellectum habet. nam infans et qui infanti proximus est, non multum a *furioso* differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent: sed in his pupillis per utilitatem benignior iuris interpretatio facta est.

——— ——— ——— ——— §. 110. Possumus tamen ad id, quod stipulamur, alium adhibere, qui idem stipuletur: quem uulgo adstipulatorem uocamus. §. 111. Sed huic proinde actio competit, proindeque ei recte soluitur ac nobis. sed quidquid consecutus erit, mandati iudicio nobis restituere cogetur. §. 112. Ceterum potest etiam aliis uerbis uti adstipulator, quam quibus nos usi sumus. itaque si uerbi gratia ego ita stipulatus sim: DARI SPONDES? ille sic adstipulari potest: IDEM FIDE TVA PROMITTIS? uel: IDEM FIDEIVBES? uel contra. §. 113. Idem minus adstipulari potest, plus non potest. itaque si ego sestertia X stipulatus sim, ille sestertia V stipulari potest; contra uero plus non potest. item si ego pure stipulatus sim, ille sub condicione stipulari potest; contra uero non potest. non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus. §. 114. In hoc autem iure quaedam singulari iure obseruantur. nam adstipulatoris heres non habet actionem. item seruus adstipulando nihil agit, quamuis ex ceteris omnibus causis stipulatione domino adquirit. idem de eo, qui in mancipio est, magis praeualuit; nam et is serui loco est. is autem, qui in potestate patris est, agit aliquid; sed parenti non adquirit, quamuis ex omnibus ceteris causis stipulando ei adquirat.

§. 108. Conf. huj. Commentar. §. §. 91. 176. et Commentar. I. §. 192.
§. 109. §. 10. I. de inutilib. stipulat. Conf. cit. L. 1. de obligat. et act. §. 13.
§. 110. Conf. Festus, sub voc. Reus stipulando. Cicero, pro Quintio, cap. 18. post medi., et in Pisonem, cap. 9. pr. Incerti Auctoris Epist. ad Octavium, quae inter Cicer. Epist. ad Brutum collocari solet, vers. fin.
§. 111. Conf. infra §. §. 117. 215. 216.
§. 113. Conf. infra §. 126. *non solum autem* etc. §. 5. I. de fidejussor.
§. 114. *nam adstipulatoris — actionem.* Conf. infra Commentar. IV. §. 113. *quamuis — adquirit* Conf. supra Commentar. II. §. 87. infra huj. Commentar. §. 163. item §. 1. I. de stipulat. servor. *nam et is serui loco est.* Conf. supra Commentar. I. §. §. 123. 138. et Commentar. II. §. 160. *quamuis — adquirat.* Conf. Commentar. II. cit. §. 87. et huj. Commentar. cit. §. 163. item cit. §. 1. I. *ueluti morte — inauguratus est.* Conf. supra Commentar. I. §. §. 127. 130.

el tutor interponga su autoridad en los casos que la requieran, como cuando haya de quedar obligado el pupilo, pues por lo demas puede éste obligar en su favor á otro aun sin la autorizacion del tutor.

§. 108. Igual disposicion se observa respecto de las mujeres que están en tutela.

§. 109. Lo que hemos dicho acerca del pupilo, debe entenderse de aquel que tiene ya alguna inteligencia, porque el infante y el próximo á la infancia, como que ninguna inteligencia tienen á esa edad, se diferencian muy poco del furioso. Sin embargo, con respecto á estos pupilos la pública utilidad ha hecho admitir una interpretacion del derecho menos ajustada y rigorosa.

TITULO XI.

De los adstipuladores (correos de estipular).

§. 110. Podemos agregar á la persona con quien estipulamos otra que estipule lo mismo, y que ordinariamente se llama *adstipulador*.

§. 111. Compete al adstipulador la misma accion que á nosotros, y serán válidos los pagos que á él se hicieren, cual si se hiciesen á nosotros mismos; empero podemos obligarle por la accion de mandato á que nos restituya lo que hubiere percibido.

§. 112. No es preciso por lo demas que el adstipulador use de las mismas palabras que nosotros. Así, por ejemplo, si yo hubiere estipulado usando esta fórmula ¿PROMETES DAR? podrá el adstipulador usar esta otra: ¿EMPEÑAS FIELMENTE TU PALABRA SOBRE LO MISMO? ó bien esta: ¿TE CONSTITUYES FIADOR DE LO MISMO? ó viceversa.

§. 113. Puede adstipularse menos de lo que nosotros hubiéremos estipulado, pero no mas; y así si yo estipulare diez sestercios, podrá el adstipulador estipular cinco, pero no mas de diez. Tambien si yo estipulare puramente, podrá aquel hacerlo bajo condicion, pero no por el contrario. Este *mas* y *menos* debe entenderse no solo respecto de la cantidad, sino tambien respecto del tiempo, porque mas es dar alguna cosa en el acto que darla pasado algun tiempo.

§. 114. En esta materia se observan algunas disposiciones particulares; porque no tiene accion para repetir el heredero del adstipulador; tampoco puede adstipular el esclavo, si bien son válidas y se convierten en provecho del señor las estipulaciones que en los demas casos hiciere. Igual disposicion ha prevalecido respecto de los que se encuentran en *mancipio*, por cuanto son considerados como esclavos. Por el contrario, la adstipulacion del individuo sujeto á la patria potestad produce algun efecto, mas no en favor de su ascendiente, no obstante que en cualquier otro caso de estipulacion correspondan á éste las ad-

ac ne ipsi quidem aliter a*ctio com*petit, quam si sine capitis diminutione exierit de potestate parentis, ueluti morte eius, aut quod ipse Flamen Dialis inauguratus est. eadem de filia familias et quae in manu est, dicta intellegemus.

———— ———— ———— ———— §. 115. Pro eo quoque, qui promittit, solent alii obligari: quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fideiussores appellamus. §. 116. Sponsor ita interrogatur: IDEM DARI SPONDES? fidepromissor: IDEM FIDEPROMITTIS? fideiussor ita: IDEM FIDE TVA ESSE IVBES? uidebimus de his autem, quo nomine possint proprie appellari, qui ita interrogantur: IDEM DABIS? IDEM PROMITTIS? IDEM FACIES? §. 117. Sponsores *quidem* et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit. adstipulatorem uero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur: (*quod*) stipulando nihil agimus, adhibetur autem *ad*stipulator, ut is post mortem nostram agat: qui si quid fuerit *con*secutus, de r*estitu*endo eo mandati iudicio heredi ***** tenetur.

§. 118. Sponsoris u*ero* et fidepromissoris similis condicio, fideiussoris u*al*de *d*issimilis. §. 119. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere pos*s*unt nisi uerborum; quamuis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus, ueluti si aut pupillus sine tutoris auctoritate, aut quilibet pos*t* mortem suam dari promiserit. at illud quaeritur, si ser*uus*, aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur. Fideiussor uero omnibus obligationibus, id est, siue re, siue uerbis, siue litteris, siue consens*u* contractae fuerint oblig*a*tiones adi*i*ci potest. at ne illud quidem interest, utrum ciuilis, an naturalis obligatio sit, cui adiiciatur; adeo quidem, ut pro seruo quoque obligetur, siue extraneus sit, qui a seruo fideiussorem accipiat, siue dominus in id, quod sibi debeatur. §. 120. Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino

§. 115. Conf. pr. I. de fidejussor. Paulus, Sent. recept. I, 9, §. 5.

§. 116. Conf. supra §. 92. *fideiussor* — IVBES. Conf. Epitome, II, 9, §. 2. §. 7. I. de fidejussor.

§. 117. *fideiussores — cautum sit.* Conf. pr. I. de fidejussor. L. 1. §. 8. de obligat. et act. (ex Nostri Reb. cottid.) Epitome, II, 9, cit. §. 2. *quod stipulando nihil agimus.* Conf. supra §. 100. *us is post mortem nostram* etc. Conf. supra §. 111.

§. 119. *ueluti — — — spoponderit.* Conf. §. §. 93. 100. 107. 176. 179. *Fideiussor uero* etc. §. 1. I. de fidejussor.

§. 120. *sponsoris — non tenetur.* Conf. infra Commentar. IV. §. 113, *Fideiussoris* etc. Conf. Epitome, II, 9, cit. §. 2. §. 2. I. de fidejussor.

quisiciones hechas por los descendientes sometidos á su potestad. En el caso mismo de que tratamos, no compete accion al hijo sino luego que saliere de la patria potestad por cualquier modo que no sea la *capitis* diminucion, como por muerte de su ascendiente ó por obtener la dignidad de sacerdote de Júpiter. Lo dicho se aplica igualmente á la hija de familia y á la mujer sometida al poder.

TITULO XII.

De los sponsores, fidepromisores y fiadores.

§. 115. Tambien por el que promete suelen quedar otros obligados, y de estos unos se llaman *sponsores*, otros *fidepromissores* y otros, por último, *fiadores*.

§. 116. A los *sponsores* se les pregunta de este modo: ¿PROMETES DAR LO MISMO? de este otro á los *fidepromissores*: ¿EMPEÑAS FIELMENTE TU PALABRA SOBRE LO MISMO? y á los *fiadores* así: ¿TE CONSTITUYES FIADOR DE LO MISMO? Despues veremos qué nombre puede darse propiamente á los interrogados en esta forma: ¿DARAS LO MISMO? ¿TE COMPROMETES A LO MISMO? ¿HARAS LO MISMO?

§. 117. Recurrimos de ordinario á los *sponsores*, *fidepromissores* y *fiadores*, cuando queremos aumentar las seguridades de la estipulacion; mientras que las mas veces solo nos valemos del adstipulador, cuando estipulamos para despues de nuestra muerte. Y como esta estipulacion es de suyo nula, por eso recurrimos en este caso á un adstipulador que reclame por muerte nuestra, el cual queda obligado por la accion de mandato á restituir á *nuestro* heredero lo que realizare.

§. 118. La condicion de los sponsores es idéntica á la de los *fidepromissores*; pero no sucede así á los fiadores, cuya condicion difiere mucho.

§. 119. En efecto, aquellos no pueden intervenir sino en las obligaciones verbales, si bien pueden hacerlo en estos casos aunque la persona que promete no quedase obligada, como si prometiere un pupilo sin autorizacion de su tutor, ó una persona para despues de su muerte. Cuando el que promete es esclavo ó extranjero, se duda si quedan obligados por él el *sponsor* ó el *fidepromissor*. Los fiadores por el contrario pueden intervenir en toda clase de obligaciones, esto es, en las obligaciones contraidas por la cosa, por palabras, por escrito ó por consentimiento. Importa poco que la obligacion sea civil ó natural, pues que el fiador puede obligarse hasta por un esclavo, bien sea en favor de un estraño, bien en favor del dueño mismo del esclavo en aquello que se le adeude.

§. 120. Ademas los herederos del *sponsor* y del fidepromisor no quedan obligados, salvo cuando se trate de un *fidepro-*

fidepromissore quaeramus, et alio iure ciuitas eius utatur. Fideiussoris autem etiam heres tenetur. §. 121. Item sponsor et fidepromissor (_per_) legem Furiam biennio liberantur; et quotquot erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes deducitur inter eos obligatio, et singuli uiriles partes ******** ******* Fideiussores uero perpetuo tenentur, et quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur. *_itaque liberum est creditori, a quo uelit so_*lidum petere. *_sed ex epistula diui Hadriani compellitur_* creditor, a singulis, qui modo soluendo *_sunt, partes petere_*. Eo igitur distat haec epistula a lege Furia, quod si quis ex sponsoribus aut fidepromissoribus soluendo non sit ************************ quoque ********_Cum autem lex Fu_*_ria tantum in_ Italia locum habeat, _consequens est, ut in prouinciis_ sponsores quoque et fidepromissore_s_ proinde ac fideiussores in perpetu_um_ teneantur, et singuli in solidum obligentur, nisi ex epistula diui Hadriani hi q_uoque_ ad_iuuari uideantur_. §. 122. Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Apuleia quandam societatem introduxit. nam si quis horum plus sua portione soluerit, de eo, quod amplius dederit, a_d_uer_s_u_s_ ceter_o_s _actionem habet_. *_lex autem Apuleia ante_* legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur. unde quaeritur, an post legem Furiam adhuc legis Apuleiae beneficium supersit. et utique extra I_taliam_ superest. nam l_ex_ quidem Furia tantum in I_talia_ ualet, Apuleia uero etiam in c_eteris_ ********************* **_lex_* Apuleia non pertinet. itaque si creditor ab uno totum _con_secutus fuerit, huius sol_i_us detrimentum _erit_, sci_licet_ si is, pro quo fideiussit, soluendo non _sit. sed, ut ex_ supradicti_s_ appar_et_, is, a quo creditor totum petit, poterit ex epistula diui Hadriani desiderare, ut pro parte in se detur actio. §. 123. Praeterea lege ********** cautum est, ut is, qui sponsores aut fidepromissores accipiat, praedicat palam et declaret, et de qua re satis accipiat, et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit: et nisi praedixerit, permittitur sponsoribus et fidepromissoribus, intra diem xxx. praeiudicium postulare, quo quaeratur, an ex ea lege praedictum sit; et si iudicatum fuerit, praedictum n_on_ esse, liberantur. Qua lege fideiussorum menti_o_ nulla fit. sed in usu est, etiam si fideiussores accipiamus, praedicere.

§. 121. _Item — liberantur._ Conf. Basilic. Tom. IV, pag. 115. (XXVI, 1, 93.) et L. ult. (29.) C. de fidejussor. (Iustinian.) _et quotquot erunt numero eo tempore — — uiriles partes._ Conf. §. 122 item Commentar. IV. §. 22. _et quotquot erunt numero, singuli — — — partes petere._ §. 4. I. de fidejussor. Conf. §. 122. _Cum autem lex Furia tantum in Italia locum habeat._ Conf. §. 122.

§. 122. _lex autem Apuleia — — — tantum in Italia ualet._ Conf. §. 121. _itaque si creditor etc._ cit. §. 4. I. de fidejussor. _ut ex supradictis apparet._ Vid. §. 121.

missor extranjero, cuya nacion se rija por otras leyes. El heredero del fiador por el contrario tiene que responder de la obligacion.

§. 121. En virtud de la ley Furia quedan libres de su obligacion por el transcurso de dos años los *sponsores* y *fidepromissores*; y sea cualquiera el número de ellos, se divide en otras tantas partes iguales el importe de la deuda al tiempo de exigirse, respondiendo cada uno solamente de su parte. Mas los fiadores quedan obligados perpetuamente y cada uno en particular, cualquiera que sea su número, por el todo de la obligacion. Por consiguiente el acreedor es libre de reclamar su crédito íntegro del que mejor le parezca; pero entonces se le puede hacer en virtud de una epístola del emperador Adriano que reclame por partes de cada uno de los obligados al pago. Esta epístola difiere de la ley Furia en que si alguno de los *sponsores* ó *fidepromissores* es insolvente. . . . . Mas como la ley Furia solo tiene aplicacion en Italia, resulta que en las provincias quedan los *sponsores* y *fidepromissores* obligados perpetuamente como los fiadores, y cada uno de ellos tiene que responder del importe total de la obligacion, á menos que no se les considere comprendidos en la epístola de Adriano, y disfruten por consiguiente del beneficio concedido á los fiadores.

§. 122. La ley Apuleya introdujo cierta especie de sociedad entre los *sponsores* y *fidepromissores*, pues que si alguno pagase mas de lo que por su parte le corresponda, puede reclamar de los otros el esceso. Mas como la ley Apuleya es anterior á la ley Furia, dispútase si aun despues de la promulgacion de ésta subsistirá el beneficio concedido por aquella. Fuera de Italia es indudable que subsiste, en razon á que solo en ella tiene aplicacion la ley Furia, mientras que la ley Apuleya por el contrario se estiende tambien á las demas provincias. . . . . Por consiguiente si el acreedor percibe de uno solo el importe total de la obligacion, de él solo será el daño si es insolvente el deudor principal á quien fió. Mas segun aparece de lo dicho anteriormente, podrá el fiador, á quien se demandare el todo, exigir en virtud de la epístola de Adriano que solo se le persiga por su parte.

§. 123. Ademas está prevenido por la ley. . . . . . . que el que toma *sponsores* ó *fidepromissores*, diga y declare de antemano públicamente, tanto el objeto de la obligacion, como el número de *sponsores* ó *fidepromissores* que toma para su seguridad; y que si así no lo hiciere, puedan éstos provocar dentro de treinta dias un juicio prévio, en el que se ventile si se ha hecho esta manifestacion conforme á la ley, quedando libres de toda responsabilidad si se decidiese que no. Y bien que esta ley no haga mencion de los fiadores, está sin embargo en uso hacer la misma declaracion respecto de ellos.

§. 124. Sed beneficium leg*is* Corn*e*liae omnibus commune est. qua lege idem pro eodem, aput eundem, eodem anno, uetatur in ampliorem summam obligari creditae pecuniae, quam in xx mili*um*. et quamuis sponsor uel fidepromissor in ampl*io*-*re*m pecuniam, uelut si (*in*) sestertium c milia, **se obligauerit, non tamen tenebitur**. Pecuniam autem creditam dicimus non solum eam, quam credendi causa damus, set omnem, quam tunc, *cum* contrahitur obligatio, certum est debitum iri, id est, (*quae*) sine ulla condicione deducitur in obligationem. itaque et ea pecunia, quam in diem certum dari stipulamur, eodem numero est, quia certum est, eam debitum iri, licet post tempus petatur. Appellatione autem pecuniae omnes res in ea lege significantur. itaque si uinum, uel frumentum, et si fundum uel hominem stipulemur, haec lex obseruanda est. §. 125. Ex quibusdam tamen causis permittit ea lex in infinitum satis accipere, ueluti si do*t*is nomine, uel eius quod ex testamento tibi debeatur, aut iussu iudicis satis accipiatur. et adhuc lege uicesima hereditatium cauetur, ut ad eas satisdationes, qua ex ea lege proponuntur, lex Cornelia non pertineat. §. 126. In eo iure quoque iuris par condicio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum, quod ita obligari non poss*un*t, *ut* plus debeant, quam debet is, pro quo obliga*n*tur. at ex diuerso, ut minus debeant, obligari possunt; sicut in adstipulatoris persona diximus. nam ut a*d*stipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione esse potest, quam in principali re. §. 127. In eo quoque par omnium causa es*t*, quod, si qui*s r*eo soluerit, eius reciperandi causa habet cum eo mandati iudicium. et hoc amplius sponsores ex lege Publilia propriam habent actionem in duplum, quae appellatur depensi.

§. 128. Litteris obligatio fit ueluti in no*mini*bus transcripticiis. fit a*utem* nomen transcripticium duplici modo: uel a re in personam, uel a persona in person*am*. §. 129. (*A re in personam tran*)scriptio fit ueluti si id, quod ex emptionis causa, aut con-

§. 126. *ita obligari non possunt* etc. §. 5. I. de fidejussor. ***sicut in adstipulatoris persona diximus.*** Vid. §. 113.

§. 127. *si quis — iudicium.* §. 6. I. de fidejussor. *et hoc amplius* etc. Conf. infra Commentar. IV. §. §. 9. 22. 25. 102. 171. 186. item Lex Rom. Burgund. Tit. XIV. (Schult. XV.) extr.

§. 128. *Litteris — nominibus.* Conf. Cicero, de Offic. Lib. III, cap. 14, ad Atticum, Lib. IV, epist. 18. in Verrem, Lib. I, cap. 36. 39. pro Roscio Com. cap. 1. 5. Gellius, Lib. XIV, cap. 2. Paulus, L. 9. pr. de pact. pr. I. de litterar. obligat. item infra §. 137. *fit autem* etc. Conf. Epitome, II, 9, §. 12.

§. 129. Conf. Epitome, II, 9, cit. §. 12. Theophilus, III, 21, pr.

§. 124. Empero el beneficio de la ley Cornelia es comun á todas estas personas. Prohibe esta ley que pueda uno obligarse por una misma persona, para con una misma persona y en el mismo año, por préstamo de dinero que esceda de veinte mil sestercios; y aunque el *sponsor* ó el *fidepromissor* se obligasen por mayor cantidad, como cien mil sestercios por ejemplo, no por eso serán responsables. Por dinero prestado entendemos no solo aquel que se dá en tal concepto, sino todo el que ha de deberse ciertamente desde el momento en que se contrae la obligacion, esto es, todo el que constituye una obligacion incondicional. Así es que aun el dinero, cuyo pago estipulamos para cierto dia, pertenece á esta clase, porque si bien no puede exigirse hasta que transcurra algun tiempo, es sin embargo cierto que se deberá para el dia designado. Por la espresion de dinero (*pecuniæ*) ha querido esta ley designar todas las cosas, y por tanto deben observarse sus disposiciones, aunque nuestra estipulacion verse sobre vino, trigo y aun sobre un fundo ó un esclavo.

§. 125. Con todo permite esta ley en ciertos casos recibir caucion sobre cosas indeterminadas, como por ejemplo, á título de dote ó de lo que se debiere á alguno en virtud de un testamento ó por mandamiento del juez; á mas de que se previene por la ley vigésima de las herencias que á las cauciones propuestas, segun lo prevenido en ella, no tenga aplicacion la ley Cornelia.

§. 126. Tambien bajo otro aspecto es igual por derecho la condicion de los *sponsores*, *fidepromissores* y *fiadores*, en que no pueden ser responsables á mas de lo que deba aquel por quien se obligan, aunque sí á menos, como queda dicho respecto del adstipulador, porque en uno y otro caso la obligacion es accesoria de otra obligacion principal, y nunca puede lo accesorio estenderse á mas que lo principal.

§. 127. Asimismo es igual la condicion de todas estas personas, en que si alguna de ellas pagase por el deudor principal, le compete contra él la accion de mandato para hacerse reintegrar, y á mas tienen los *sponsores* en virtud de la ley Publilia una accion propia para exigir el duplo, la cual se llama *actio depensi*.

TITULO XIII.

De las obligaciones literales.

§. 128. La obligacion literal se contrae por ejemplo en los créditos transferibles (*in nominibus transcripticiis*), los cuales tienen lugar de dos maneras, segun que la traslacion es de la cosa á la persona ó de una persona á otra.

§. 129. La primera se efectúa cuando, por ejemplo, cargare

ductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero. §. 130. A persona in person*am* transcriptio fit ueluti si id, quod mihi Titius debet, tibi id expensum tulero, id est, si Titius te delegauerit mihi. §. 131. Alia causa est eorum nominum, quae arcaria uocantur. in his enim *rerum*, non litterarum obligatio consistit: quippe non aliter ual*ent*, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem *pecuniae iure naturali* facit obligationem. qua de causa recte dicemus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere. §. 132. Vnde proprie dicitur, arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ips*o* nomine, sed n*u*meratione pecuniae obligantur; quod genus obligationis iuris gentium est. §. 133. Tr*an*scripticiis uero nominibus an obligentur peregrini, merito quaeritur, quia quodammodo iuris ciuilis est talis obligatio: quod Neruae placuit. Sabino autem et Cassio uisum est, si a re in personam fiat nomen transcripticium, etiam peregrinos obligari; si uero a persona in personam, non obligari. §. 134. Praeterea litterarum obligatio fieri uidetur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se, aut daturum se scribat; ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. quod genus obligationis proprium peregrinorum est.

§. 135. Consensu fiunt obligationes in emptionibus et uenditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. §. 136. Ideo autem *i*stis modis con*s*ensu dicimus obligationes contrahi, q*uia* neque uerborum, neque scrispturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, ueluti per epistulam, aut per internuntium: cum alioquin uerborum abligatio inter absentes fieri non possit. §. 137. Item in his contractibus alter alteri obligatur de e*o*, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet: cum alioquin in uerborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur. §. 138. Sed ab-

§. 130. Conf. Epitome, II, 9, cit. §. 12.

§. 131. Conf. Donatus ad Terentii Phormionem, Act. V, sc. 7, v. 29. item ad Adelphos, Act. II, sc. 4, v. 13.

§. 132. Conf. Asconii argum. Orat. pro Cornelio.

§. 134. Conf. Asconius, in Verrin. ad Lib. I. cap. 36. (ed. a. 1675. p. 94.) Cicero, ad Atticum, Lib. V, epist. ult. Oratio pro Domo, cap. 50. Oratio de Haruspic. respons. cap. 13.

§. §. 135. 136. *Consensu — per internuntium.* L. 2. pr. et §. §. 1. 2. de obligat. et act. inscripta: Gajus Libro III. Institutionum. Tit. I. de consens. obligat. Conf. Epitome, II, 9, §. 13.

§. 137. *Item — — oportet.* cit. L. 2. de obligat. et act. §. 3. cit. Tit. I. de consens. obligat. *cum alioquin — promittat.* cit. Tit. I.

yo á tu cuenta como entregada realmente la suma que me debes por compra, arrendamiento ó compañía.

§. 130. La de persona á persona tiene lugar si yo, por ejemplo, cargase á tu cuenta en la misma forma lo que Ticio me debe, es decir, si hago que reemplaces á Ticio en su cualidad de deudor mio.

§. 131. No sucede lo mismo con los llamados créditos escritos en los libros de caja (*arcaria*), en los cuales la obligacion se contrae por la cosa y no por lo escrito, porque solo tienen valor en cuanto se haya entregado efectivamente el dinero, entrega que por derecho natural constituye una obligacion. Por consiguiente podemos decir con razon que aquellos créditos no constituyen obligacion por sí mismos, sino que suministran una prueba de haberse aquella contraido.

§. 132. De aquí el que se diga con toda propiedad que esta especie de créditos obliga aun á los extranjeros, en razon á que no es el crédito el que los obliga sino la entrega del dinero; obligacion que es de derecho de gentes.

§. 133. Por el contrario disputase con razon sobre si los créditos transferibles obligan á los extranjeros, siendo esta obligacion en cierto modo de derecho civil. Tal es la opinion de Nerva; mas Sabino y Casio creen que transfiriéndose el crédito de la cosa á la persona, aun los extranjeros quedan obligados, y no así cuando la traslacion fuere de persona á persona.

§. 134. Parece que la obligacion literal se constituye tambien por quirógrafos y escrituras, esto es, si una persona reconoce por escrito una deuda ó suscribe una obligacion de dar, con tal empero que no se haga estipulacion bajo este nombre. Esta especie de obligacion es propia y peculiar de los extranjeros.

TITULO XIV.

De las obligaciones consensuales.

§. 135. Las obligaciones se constituyen por el consentimiento en la compra y venta, arrendamiento, compañía y mandato.

§. 136. Decimos que en estos casos se contraen las obligaciones por el consentimiento, porque ni hay necesidad de palabras solemnes, ni de escritura alguna, bastando solo que consientan las partes contratantes. De aquí es que estas obligaciones se pueden contraer aun entre ausentes por carta ó mediante tercera persona, cosa que no puede suceder en las obligaciones verbales.

§. 137. Ademas en estos contratos se obligan ambas partes á darse respectivamente lo que la equidad prescribe, cuando por el contrario en las obligaciones verbales la una parte estipula y la otra promete, y en los créditos la una obliga á la otra cargándole una suma en su cuenta.

senti expensum ferri potest, etsi uerbis obligatio cum absente contrahi non possit.

——— ——— ——— ——— §. 139. *Emptio et uenditio contrahitur* cum de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit, ac ne arra quidem data fuerit: nam quod arrae nomine datur, argumentum est emptionis et uenditionis contractae. §. 140. Pretium autem certum esse debet. alioquin si ita inter eos conuenerit, ut quanti Titius rem aestimauerit, tanti sit em*p*ta, Labeo negauit, ullam uim hoc negotium habere; **quam sententiam C**assius probat: Ofilius et eam empt**ionem putat et uen**ditionem; cuius opinionem Proculus secutus est.' §. 141. *Item* pretium in numerata pecunia consistere debet. *nam* in ceteris rebus an pretium esse possit, ueluti (*an*) homo, aut toga, aut fundus alterius rei (*pretium esse possit*), ualde quaeritur. nostri praeceptores putant, etiam in alia re posse consistere pretium. unde illud est, quod uulgo putant, per permutationem rerum emptionem et uenditionem contrahi, eamque speciem emptionis e*t* uenditioni*s* uetustissimam esse: argumentoque utuntur Graeco poeta Homero, qui aliqua parte sic ai*t*:

(ἔνθεν ἄῤ οἰνίζοντο καρηκομόωντες Ἀχαιοί,
ἄλλοι μὲν χαλκῷ, ἄλλοι δ' αἴθωνι σιδήρῳ,
ἄλλοι δὲ ῥινοῖς, ἄλλοι δ' αὐτῇσι βόεσσιν,
ἄλλοι δ' ἀνδραπόδεσσι).

diuersae scholae auctores dissentiunt, aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et uenditionem: alioquin *non posse* rem expediri, permutatis rebus, quae uideatur res uenisse, e*t* *qu*ae pretii nomine data esse; sed rursus utramque uideri et uenisse, et pretii nomine datam esse, absurdum uideri. set *ai*t Caelius Sabinus, si rem *a te* uenalem habent*e*, ueluti fundum, acceperim, et pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem uideri uenisse, hominem autem pretii nomine datum esse, *ut* fund*us* acciperetur.

——— ——— ——— ——— §. 142. Locatio autem et conductio similibus regulis constitu*u*ntur: nisi enim merces certa statuta sit, non uidetur locatio et conductio contrahi. §. 143. Vnde si alieno arbitrio merces promissa sit,

§. 139. pr. I. de empt. et uendit. Conf. Epitome, II, 9, §. 14.
§. 140. Conf. §. 1. I. de empt. et vendit.
§. 141. *Item — — — absurdum uideri.* §. 2. I. de empt. et vendit. Conf. Paulus, L. 1. §. 1. de contrah. empt. *unde illud est* etc. Conf. Servius, ad Georg. Lib. III, vers. 306.
§. 142. Conf. L. 2. pr. locat. conduct. (ex Nostri Reb. cottid.) pr. I. de locat. et conduct. Epitome, II, 9, §. 15.
§. 143. *Vnde — — contrahatur.* Conf. §. 1. I. de locat. et conduct. *qua de causa* etc. cit. §. 1. I.

§. 138. Sin embargo, esto último puede hacerse con un ausente, al paso que las obligaciones verbales jamas puedan tener lugar entre ausentes.

§. 139. La compra y venta existe desde el punto en que haya convenio sobre el precio, aun cuando no se pague ni mediaren arras, porque lo que se dá en este concepto, no constituye la compra, sino sirve únicamente para probar que se ha contraido.

§. 140. El precio empero debe ser cierto; pues de otro modo, como si por ejemplo convinieren las partes en que lo marque Ticio, es nulo el contrato en opinion de Labeon admitida tambien por Casio; pero Ofilio lo cree válido, parecer que ha seguido Próculo.

§. 141. El precio debe ademas consistir en dinero contante. Mucho se ha controvertido la cuestion de si puede el precio consistir en otros objetos, por ejemplo, si un esclavo, un vestido, un fundo pueden ser precio de cualquiera otra cosa. Nuestros maestros creen que el precio de un objeto puede tambien consistir en otros objetos, y de aquí proviene que ordinariamente juzgan contraida la compra y venta por la permuta de las cosas, siendo, segun ellos, antiquísima esta especie de compra y venta, como lo prueba el siguiente pasaje de Homero:

«*Los griegos dan por precio del vino cobre unas veces, hierro otras, despojos de bueyes ó los mismos bueyes otras, y otras en fin entregan esclavos.....*»

Los autores de la escuela opuesta son de diverso parecer, y creen que una cosa es la compra y venta, y otra el cambio ó permuta; pues de lo contrario sería imposible distinguir en esta cuál es el objeto vendido y cuál el que sirve de precio, pareciendo absurdo considerar á entrambos á la vez como objeto y precio de la venta. Esto no obstante, si recibiere yo un objeto que tu tengas en venta, dice Celio Sabino, como un fundo por ejemplo, entregándote como precio un esclavo, parece cierto que el fundo es el objeto vendido en este caso, y que el precio de su adquisicion es el esclavo.

§. 142. Los mismos principios rigen en materia de arrendamientos, porque no existe este contrato si no se establece un alquiler cierto y determinado.

§. 143. De aquí la cuestion sobre si se contrae arrendamien-

uelut quanti *Titius* aestimauerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur. qua de causa si fulloni polienda curandaue, sarcinatori sarcienda uestimenta dederim; nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quantum inter nos conuenerit, quaeritur an locatio et conductio contrahatur. §. 144. Vel si rem tibi utendam dederim, et inuicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur an locatio et conductio contrahatur. §. 145. Adeo autem emptio et uenditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere uidentur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et uenditio contrahatur, an locatio et conductio. ueluti si qua res in perpetuum locata sit: quod euenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu id uectigal praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi eius praedium auferatur. sed magis placuit locationem conductionemque esse. §. 146. Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii xx mihi darentur; in eos uero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mile: quaeritur, utrum emptio et uenditio, an locatio et conductio contrahatur. et magis placuit, eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam uideri; at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et uenditionem esse: idque ex accidentibus apparet, tanquam sub condicione facta cuiusque uenditione aut locatione. iam enim non dubitatur, quin sub condicione res ueniri aut locari possint. §. 147. Item quaeritur, si cum aurifice mihi conuenerit, ut si ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret, et acciperet uerbi gratia denarios cc, utrum emptio et uenditio, an locatio et conductio contrahatur. Cassius ait, materiae quidem emptionem uenditionem contrahi, operarum autem locationem et conductionem. sed plerisque placuit, emptionem et uenditionem contrahi. atqui si meum aurum ei dedero, mercede pro opera constituta, conuenit, locationem conductionem contrahi.

§. 148. Societatem coire solemus aut totorum bonorum, aut unius alicuius negotii, ueluti mancipiorum emendorum aut uendendorum. §. 149. Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. quod Quintus Mucius etiam (*contra naturam societatis esse censuit. Sed Seruius Sulpicius, cuius*) praeualuit

§. 144. Conf. §. 2. I. de locat. et conduct.
§. 145. *Adeo — — — an locatio et conductio.* §. 3. I. de locat. et conduct. Conf. cit. L. 2. locat. et conduct. §. 1. *ueluti* etc. Conf. cit. §. 3. I.
§. 147. *Item — — — uenditionem contrahi.* §. 4. I. de locat. et conduct. Conf. cit. L. 2. §. 1. locat. conduct. *atqui si meum aurum* etc. Conf. cit. §. 4. I. et cit. L. 2. §. 1.
§. 148. pr. I. de sociel. Conf. Epitome, II, 9, §. 16.
§. 149. Conf. §. 2. I. de sociel. *quod Quintus Mucius* etc. Conf. Paulus, L. 30. pro socio. *nam et ita posse coiri societatem* etc. Conf. Epitome, II, 9, cit. §. 16.

to cuando se deja el señalamiento de alquiler al arbitrio de un tercero, á lo que aprecie Ticio, por ejemplo. Por esta causa es tambien cuestionable si se contrae arrendamiento cuando se dá un vestido, por ejemplo, al tintorero ó al sastre para que lo limpien ó arreglen, sin establecer desde luego la cantidad que mas tarde hayan de tomar por su trabajo.

§. 144. La misma cuestion se presenta cuando yo te diere una cosa para tu uso, recibiendo en cambio otra para el mio.

§. 145. Con todo es tal la analogia que existe entre el contrato de compra y venta y el arrendamiento, que suele dudarse algunas veces cuál de los dos se contrae, como cuando se arrienda una cosa perpetuamente, lo cual acontece con los predios de los municipios que se arriendan conforme á lo dispuesto en las leyes, con la condicion de que no puedan quitarse al arrendatario ni á su heredero mientras pagaren la renta. Ha prevalecido, sin embargo, la opinion de que es arrendamiento lo que se efectua en este caso.

§. 146. Tambien si yo te entregase cierto número de gladiadores con la condicion de que se me han de dar veinte denarios por el trabajo de cada uno de los que salieren intactos, y mil por cada uno de los muertos ó estropeados, se disputa si hay en este caso venta ó arrendamiento. La opinion mas general es que hay arrendamiento respecto de los que salieren intactos, y venta respecto de los muertos ó estropeados, lo cual depende del éxito, á la manera que si cada uno de ellos hubiera sido vendido ó arrendado condicionalmente, pues ya nadie duda que pueden venderse ó arrendarse las cosas bajo condicion.

§. 147. Dispútase tambien si se contrae compra y venta ó arrendamiento, cuando un orífice conviniere conmigo en hacerme, por ejemplo, anillos de determinado peso y forma con oro suyo, y en que recibirá, v. gr., doscientos denarios. Casio afirma que hay compra-venta relativamente á la materia, y arrendamiento respecto á la manufactura; pero la opinion mas general es que en este caso se verifica una compra y venta: mas si yo le diere el oro y un salario por su trabajo al orífice, conviene aquel autor en que se contrae arrendamiento.

§. 148. Acostumbramos formar compañía ó sociedad, ora de todos los bienes, ora para una empresa determinada, como para comprar y vender esclavos.

§. 149. Ha habido grandes controversias sobre la validez de una sociedad que se contrajera con la condicion de que uno llevase mas parte de ganancia y menos de pérdida que los demas asociados. Esto, segun Quinto Mucio, es contrario á la naturaleza misma de la sociedad. Pero Servio Sulpicio, cuya opinion

sententia, adeo ita coiri posse societatem existimauit, ut dixerit, illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, set lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa uideatur, ut aequum sit, eum cum hac pactione in societatem admitti. nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit: saepe enim opera alicuius pro pecunia ualet. §. 150. Illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos conuenerit, tamen aequis ex partibus commodum ut incommodum inter eos commune esse. sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero uero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt. §. 151. Manet autem societas eousque, donec in eodem sensu perseuerant. at cum aliquis renuntiauerit societati, societas soluitur. sed plane si quis in hoc renuntiauerit societati, ut obueniens aliquod lucrum solus habeat, ueluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiauerit societati, ut hereditatem solus lucrifaciat, cogetur hoc lucrum communicare. si quid vero aliud lucrifecerit, quod non captauerit, ad ipsum solum pertinet. mihi uero quidquid omnino post renuntiatam societatem adquiritur, soli conceditur. §. 152. Soluitur adhuc societas etiam morte socii; quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. §. 153. Dicitur, et capitis diminutione solui societatem, quia ciuili ratione capitis diminutio morti ************** dicitur: set si adhuc consentiant in societatem, noua uidetur incipere societas. §. 154. Item si cuius ex sociis bona publice, aut priuatim uenierint, soluitur societas. sed ********* societas **************** consensu contrahitur nudo iuris ********************* omnes homines naturali ratione possunt.

§. 155. Mandatum consistit, siue nostra gratia mandemus, siue aliena ************** negotia geras, siue ut alterius ********* *************** obligatio, et inuicem alter alteri tenebimur ***** ***************** mihi bona fide praestare oportere. §. 156. Nam si tua gratia tibi mandem, superuacuum est mandatum: quod enim tu tua gratia facturus sis, id ex tua sententia, non ex meo mandatu facere uideberis, it*aque si otiosam pecuniam domi te

§. 150. Conf. §. §. 1. 3. I. de societ.
§. 151. §. 4. I. de societ. Conf. Epitome, II, 9, §. 17.
§. 152. §. 5. I. de societ. Conf. Epitome, II, 9, cit. §. 17.
§. 153. *Dicitur — societatem*. Conf. Epitome, II, 9, cit. §. 17. §. 7. I. de societ. *quia ciuili ratione* etc. Conf. supra §. 101. *set si adhuc* etc. Conf. §. 8. I. de societ.
§. 154. Conf. cit. §. 8. I. *consensu contrahitur nudo*. Conf. Epitome, II, 9. §. §. 16. 17.
§. 155. Conf. Epitome, II, 9, §. 18. L. 2. pr. mand. (ex Nostri Reb. cottid.) pr. I. eod.
§. 156. *Nam — — — eum emisse, non tamen*. Conf. cit. L. 2. mand. pr. et §. 6. item pr. et §. 6. I. eod. *et adeo haec* etc. cit. §. 6. I.

ha prevalecido, cree tanto mas válida una sociedad formada con esta condicion, cuanto que afirma lo sería tambien aquella en que se pactase que alguno no tuviese pérdida alguna, llevando sin embargo parte en las ganancias, con tal empero que su trabajo se considerase de tanta importancia, que pareciese justo admitirle en la sociedad con semejante pacto. Porque es constante que tambien puede constituirse una sociedad de tal manera que uno de los sócios ponga el dinero y otro no, siendo sin embargo comun á ambos la ganancia; pues frecuentemente la industria de un sócio equivale á un capital.

§. 150. Es evidente que aun cuando nada estipulen entre sí los sócios acerca de las ganancias y pérdidas, unas y otras se repartirán sin embargo entre ellos por iguales partes. Pero cuando solo se haya espresado el tanto que corresponde á cada sócio en las ganancias y no en las pérdidas ó viceversa, servirá de base para las unas lo que respecto de las otras esté convenido.

§. 151. La sociedad continúa mientras tanto que los sócios perseveren en la misma intencion, mas con uno solo que renuncie queda disuelta. Esto no obstante, cuando alguno se separare de la sociedad con el objeto de aprovecharse él solo de alguna ganancia que espera, como si en una sociedad de todos los bienes mi consócio instituido heredero por alguno se retirase de ella con el fin de reportar él solo todos los beneficios de la herencia, puedo obligarlo á que los divida conmigo, si bien lo que obtuviere por cualquier otro concepto, le pertenece esclusivamente. En cuanto á mí, todo lo adquirido despues de la separacion de mi consócio, es del todo propiedad mia sin participacion suya.

§. 152. La sociedad se disuelve tambien por la muerte de uno de los sócios, porque todo el que celebra este contrato, lo hace con persona cierta y determinada.

§. 153. Afírmase que tambien se disuelve la sociedad por la *capitis* diminucion, puesto que ésta, segun el derecho civil, *equivale* á la muerte; pero si consintieren los sócios en permanecer unidos, se considera esto como principio de una nueva sociedad.

§. 154. Tambien se acaba la sociedad cuando los bienes de un sócio sean vendidos pública ó privadamente. Pero. . . . . .

§. 155. El *mandato* se constituye, sea que lo demos en provecho nuestro ó en el de un tercero. . . . .

§. 156. Porque sería supérfluo el mandato que yo te diese en beneficio tuyo, pues lo que hicieses en este caso se consideraría como hecho por tu propio dictamen y no por mi mandato. De consiguiente, si diciéndome tú que tienes en tu casa fondos

ha*bere mihi dixeris e*t ego te hortatus fuerim, *ut eam* fenerares: quamuis *eam* ei mutuam dederis, a quo *seruare non* potueris; non tamen habebis mecum man*dati actionem*. ita*que* et si hortatus sim, **ut rem a**liquam emeres, q*uamuis* non expedierit tibi, eam emisse, non tamen ********************* et adeo haec ita sunt, ut quaeratur, an mandati teneatur, qui mandauit tibi, ut *Titi*o pecuniam **fenerares**. ************************** ———— ———— ———— ———— *** *quia* non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset. §. 157. Illud ********************** mandet*ur*, quod contra bonos mores est, non contrahi obligationem: uelut si tibi mandem, ut Titio furtum, aut iniuriam facias. §. 158. Item si quis pos*t* mortem meam (*aliquid mihi*) faciendum mandet, inutile mandatum est, quia generaliter placuit, ab heredis persona obligationem incipere non posse. §. 159. Sed recte quoque consummatu*m* mandatum si, dum adhuc integra res sit, reuocatum fuerit, euanescit. §. 160. Item si adhuc integro mandat*o* mors alterutrius interueniat, id est, uel eius, qui mandarit, uel eius, qui mandatum susceperit, soluitur mandatum. sed utilitatis causa receptum est, si mortuo eo, qui mihi mandauerit, ignorans eum decessisse, exsecutus fu*e*ro mandatum, posse me agere mandati actione: alioquin iusta et probabilis ignorantia damnum mihi adferret. et h*uic* simile est, quod plerisque placuit, si debitor meus manumisso dispensatori meo per ignorantiam soluerit, liberari eum; cum alioquin stricta iuris ratione non posset liberari eo, quod alii soluisset, quam cui soluere deberet. §. 161. Cum autem is, cui recte mandauerim, egressus fuerit mandatum, ego quidem eatenus cum eo habeo mandati actionem, quatenus mea interest, inplesse eum mandatum, si modo implere potuerit: at ille mecum agere non potest. itaque si mandauerim tibi, ut uerbi gratia fundum mihi sestertiis c emeres, tu *sestertiis* CL emeris, non habeb*is* mecum mandati actionem, etiamsi tanti uelis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandassem. idque maxime Sabino et Cassio placuit. quodsi minoris emeris, habebis mecum scilicet actionem, quia qui mandat, ut c milibus emeretur, is utique mandar*e* intellegitur, uti minoris, si poss*it*, emeretur. §. 162. In summa sciendum (*est quoties, faciendum*)

§. 157. Conf. §. 7. I. de mand. Epitome, II, 9, cit. §. 18.
§. 158. *quia generaliter* etc. Conf. supra §. 100.
§. 159. §. 9. I. de mand. Conf. Epitome, II, 9, §. 19.
§. 160. §. 10. I. de mand. Conf. Epitome, II, 9, cit. §. 19.
§. 161. *Cum — — — Cassio placuit*. Conf. §. 8. I. de mand. Epitome, II, 9, §. 20. Paulus, L. 3. §. 2. mand. item Gajus noster L. 4. eod. (ex Reb. cottid.) *quodsi minoris* etc. cit. §. 8. I.
§. 162. Conf. §. ult. I. de mand.

inactivos, te aconsejare yo que los pongas á rédito, aun cuando los prestes á una persona de la cuál no puedas reembolsarlos, no tendrás sin embargo contra mí la accion de mandato. Lo mismo sucedería, si exhortado por mí comprases alguna cosa, aun cuando ninguna ventaja te proporcionase el haberla comprado. Y tan es así, que se disputa si aun puede ser obligada por la accion de mandato aquella persona que te *mandare* prestar dinero á Ticio. . . . .

(*Hic duo lineae desunt.*)

. . . . . . porque no hubieras prestado á Ticio á no mediar el mandato.

§. 157. *Es evidente* que el mandato no produce obligacion cuando es contrario á las buenas costumbres, como si yo te *mandase* injuriar á Ticio ó hurtarle alguna cosa.

§. 158. Tambien es nulo el mandato, cuando lo que se me *mandare* sea para despues de mi muerte, porque está generalmente reconocido que la obligacion no puede empezar en la persona del heredero.

§. 159. Aun el mandato regularmente contraido se desvanece, caso de revocarse antes de haber tenido efecto.

§. 160. Asimismo se disuelve el mandato cuando no se ha llevado á ejecucion por la muerte del mandante ó del mandatario; pero se ha admitido por razon de utilidad que si despues de la muerte de mi mandante ejecutare yo, sin tener noticia de ella, el mandato, podré reclamar por la accion de este nombre, pues de otro modo se trocaría en mi daño una ignorancia inocente y verosimil. Este caso es muy semejante á aquel en que, segun la opinion mas comun, si mi deudor pagase á mi mayordomo ignorando haberle yo manumitido, queda exento de la obligacion, no obstante que siguiendo el derecho estricto, no se libraría por haber pagado á quien no debiera.

§. 161. Cuando mi mandatario traspasa los límites del mandato, tengo contra él la accion de este nombre en cuanto me importare que el mandato se cumpliera exactamente, con tal empero que aquel haya podido hacerlo; mas no se le concede accion contra mí. Y de consiguiente si yo te encomendase, por ejemplo, que me compres un fundo en cien sestercios, y tu lo hicieres en ciento cincuenta, no podrás ejercer contra mi la accion de mandato, aun cuando consintieses en darme el fundo por el precio que yo te habia fijado. Tal es con especialidad la opinion de Sabino y Casio. Pero si comprases el fundo por menos cantidad de la señalada por mí, te compete entonces la accion de mandato, porque el que te encarga que compres por cien mil, se entiende que te encarga tambien comprar por menos precio si pudieses.

§. 162. En fin, téngase presente que hay lugar á la accion

aliquid gratis dederim, quo nomine, si mercedem statuissem, locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem: ueluti si fulloni polienda curandaue uestimenta, aut sarcinatori sarcienda (*dederim*).

§. 163. Expositis generibus obligationum, quae ex contractu nascuntur, admonendi sumus, adquiri nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eas personas, quae in nostra potestate, manu, mancipione sunt. §. 164. Per liberos quoque homines et alienos seruos, quos bona fide possidemus, adquiritur nobis; sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, uel ex re nostra adquirant. §. 165. Per eum quoque seruum, in quo usumfructum habemus similiter ex duabus istis causis nobis adquiritur. §. 166. Sed qui nudum ius Quiritium in seruo habet, licet dominus sit, minus tamen iuris in ea re habere intellegitur, quam usufructuarius et bonae fidei possessor. nam placet, ex nulla causa ei adquiri posse: adeo ut, etsi nominatim ei dari stipulatus fuerit seruus, mancipioue nom*i*ne eius acceperit, quidam existiment, nihil ei adquiri. §. 167. Communem seruum pro dominica parte dominis adquirere certum est; excepto eo, quod uni nominatim stipulando, aut mancipio accipiendo, illi soli adquirit, uelut cum ita stipuletur: TITIO DOMINO MEO DARI SPONDES? aut cum ita mancipio accipiat: HANC REM EX IVRE QVIRITIVM LVCII TITII DOMINI MEI ESSE AIO, EAQVE EI EMPTA ESTO HOC AERE AENEAQVE LIBRA. illud quaeritur *an* quod domini nomen adiectum e*f*ficit, idem faciat unius ex dominis iussum intercedens. nostri praeceptores perinde ei, qui iusserit, soli adquiri existimant, atque si nominatim ei soli stipulatus esset seruus, mancipioue accepisset. diuersae scholae auctores proinde utrisque adquiri putant, ac si nulli*us* iussum interuenisset.

§. 163. pr. I. per quas person. nob. obligat. acquir. Conf. supra Commentar. II. §. 36.

§. 164. §. 1. I. per quas person. nob. obligat. acquir. Conf. supra Commentar. II. §. §. 86. 92.

§. 165. §. 2. I. per quas person. nob. obligat. acquir. Conf. supra Commentar. II. §. §. 86. 91.

§. 166. Conf. supra Commentar. II. §. 88.

§. 167. *Communem* — — — SPONDES? §. 3. I. per quas person. nob. obligat. acquir. HANC REM — — — LIBRA. Conf. supra Commentar. I. §. 119. *illud quaeritur* etc. Conf. cit. §. 3. I. L. ult. C. per quas person. nob. acquir. (Iustinian.) *nostri praeceptores* — — — *accepisset*. Conf. Pomponius, L. 6. de stipulat. servor.

de mandato cuantas veces encarguemos á alguno que nos haga cualquier cosa gratuitamente; pero de tal suerte que á mediar merced ó estipendio, constituiríamos un arrendamiento, como si diésemos á limpiar ó componer un vestido al tintorero ó al sastre.

TITULO XV.

Por medio de qué personas podemos adquirir una obligacion.

§. 163. Espuestas las diferentes especies de obligaciones que nacen de los contratos, conviene advertir que no solamente adquirimos por nosotros mismos, sino tambien por aquellas personas que se hallan en nuestra potestad, poder ó mancipio.

§. 164. Tambien adquirimos por los hombres libres y por los esclavos agenos que poseemos de buena fé, pero en dos casos solamente, esto es, cuando la adquisicion proviene de su trabajo ó de una cosa nuestra.

§. 165. En estos dos casos adquirimos asimismo por el esclavo que tengamos en usufructo.

§. 166. No obstante de esto, el dueño de un esclavo por el simple derecho quiritario, dado que sea su señor, se considera que tiene sobre él derechos mas limitados que el usufructuario y el poseedor de buena fé. Tan es así que, segun la opinion constante, nada puede adquirir dicho señor por medio del esclavo, hasta tal punto que por el dictámen de algunos autores ni aun siquiera le es dado hacer suyo aquello mismo que el esclavo hubiere estipulado espresamente para él ó recibido en mancipio á su nombre.

§. 167. Es evidente que lo que adquiera el esclavo comun de dos señores, pertenece á entrambos en proporcion de la parte que en él tenga cada uno, salvo lo que el esclavo estipulase ó recibiese en mancipio espresamente para uno solo de sus señores, único que en este caso lo adquiere, como si, por ejemplo, estipulase así: ¿TE PROMETES DAR A TICIO MI SEÑOR? ó cuando recibiere en mancipio de esta manera: AFIRMO QUE ESTA COSA PERTENECE POR DERECHO QUIRITARIO A LUCIO TICIO MI SEÑOR, Y QUE LA HE COMPRADO PARA EL MEDIANTE ESTA MONEDA Y ESTA BALANZA DE METAL. Dispútase si causa el mismo efecto lo que el esclavo haga empleando el nombre de todos sus señores, que lo ejecutado por órden de uno solo. Nuestros maestros creen que adquiere solamente para el que haya dado la órden, no de otra manera que si el esclavo estipulase ó recibiese en mancipio para aquel solo espresamente. Los autores de la escuela opuesta opinan, por el contrario, que adquiere para todos los señores, como si tal órden no hubiese intervenido.

§. 168. Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius, quod debeatur. unde quaeritur, si quis consentiente creditore aliud pro alio soluerit, utrum ipso iure liberetur, quod nostris praeceptoribus placet; an ipso iure maneat obligatus, set aduersus petentem exceptione doli mali defendi debeat, quod diuersae scholae auctoribus uisum est.

§. 169. Item per acceptilationem tollitur obligatio. acceptilatio autem est ueluti imaginaria solutio. quod enim ex uerborum obligatione tibi debeam, id si uelis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec uerba me dicere: QVOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTVM? et tu respondeas: HABEO. §. 170. Quo genere, ut diximus, (*tantum eae soluuntur obligationes, quae ex uerbis consistunt*), non etiam ceterae. consentaneum enim uisum est, uerbis factam obligationem posse aliis uerbis dissolui. set et id, quod ex alia causa debeatur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem imaginaria solutione (*dissolui*). §. 171. Tamen mulier sine tutore auctore acceptum facere non potest; cum alioquin solui ei sine tutore possit. §. 172. Item quod debetur, pro parte ****************** recte soluitur: an autem in partem acceptum fieri possit quaesitum est.

§. 173. *Est* etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram quod et ipsum genus certis in causis receptum est: ueluti si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum est, siue quid ex iudicati causa debitum (*sit*). §. 174. Adhibentur autem non minus quam quinque testes et libripens. deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: QVOD EGO TIBI TOT MILIBVS EO NOMINE ****************** SOLVO LIBEROQVE HOC AERE AENEAQVE LIBRA HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAM ****** ******** ******** deinde asse percutit libram eumque dat ei, a quo liberatur, ueluti soluendi causa. §. 175. Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato, quod per damnationem relictum est, ut tamen ************************************** esse significat ********************** esse dicat. de eo tamen tantum potest hoc

§. 168. Conf. pr. I. quib. mod. obligat. toll. Epitome, II, 10. pr. Ulpianus, L. 26. §. 4. de condict. indeb. et L. 1. §. 5. de pecun. constit. L. 17. C. de solut. (Dioclet. et Maxim.)
§. §. 169. 170. §. 1. I. quib. mod. obligat. toll.
§. 171. Conf. supra Commentar. II. §. 35.
§. 172. Conf. cit. §. 1. I. quib. mod. oblig. toll.
§. 173. Conf. Livius, Lib. VI, cap. 14. item Festus, sub voce Nexum.
§. 174. Conf. supra Commentar. I. §. 119. et. Commentar. II. §. 104.
PRIMAM POSTREMAM. Conf. Livius, Lib. I, cap. 24.
§. 175. Conf. Cicero, de Legib. Lib. II, cap. 20. 21.

TITULO XVI.

De qué modo se acaban las obligaciones.

§. 168. Acábase principalmente la obligacion por el pago de lo que se debe; pero ¿en rigor de derecho quedará libre el deudor, cuando consintiendo el acreedor, le pagare una cosa por otra? Nuestros maestros piensan que sí; mas los autores de la escuela contraria sostienen que subsiste la obligacion, si bien podrá el deudor oponer la escepcion de dolo malo á una nueva peticion del acreedor.

§. 169. Las obligaciones se estinguen tambien por aceptilacion (*acceptilatio*), la cual es una especie de paga ficticia. Lo que yo te deba, pues, en virtud de una obligacion verbal, puedes, si quieres, perdonármelo permitiendo que yo te diga estas palabras: ¿TIENES POR RECIBIDO LO QUE YO TE PROMETI? y respondiendo tú: LO TENGO.

§. 170. Segun hemos dicho ya, las obligaciones verbales y no otras son las que pueden acabarse de este modo; porque ha parecido natural que la obligacion contraida por palabras pueda tambien disolverse por otras palabras. Esto no obstante, cualquier obligacion, aunque provenga de otro título, puede convertirse en estipulacion y disolverse por aceptilacion.

§. 171. Sin embargo, no es permitida á la mujer la aceptilacion, sin que interponga el tutor su autoridad, siendo así que no necesita de ella para recibir un pago.

§. 172. Tambien lo que se debe, por parte. . . . . se paga válidamente; pero es cuestionable si la aceptilacion puede hacerse parcialmente, es decir, respecto de una parte de la obligacion.

§. 173. Hay otra especie de paga ficticia que se hace *per aes et libram*, y tiene lugar en ciertos casos, como cuando el acto que constituyó la deuda se hizo *per aes et libram*, ó cuando aquella proviene de sentencia judicial (*ex judicati causa*).

§. 174. Han de concurrir á este acto cinco testigos á lo menos y el libripende, debiendo el deudor emplear esta fórmula: LOS TANTOS MIL QUE TE DEBO EN VIRTUD DE. . . . . . . PAGO Y QUEDO LIBRE MEDIANTE ESTA MONEDA Y ESTA BALANZA DE METAL. . . . . SOLVO LIBEROQUE HOC AERE LIBRA HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAM. . . . . toca en seguida la balanza con la moneda, y entrega esta última al acreedor como por via de paga.

§. 175. De un modo semejante puede el legatario de un legado hecho por condenacion librar de él al heredero. . . . . ; pero esto solo puede verificarse cuando el legado consiste en cosas ponderables ó numerables, y es ade-

modo liberari, quod pondere, numero constet; et ita si certum sit. quidam et de eo, quod mensura constat, *idem* existimant.

§. 176. Praeterea nouatione tollitur obligatio; ueluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. nam interuentu nouae personae noua nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem. adeo ut in*ter*dum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima nouationis iure tollatur: ueluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius, uel a muliere pupillone sine tutore auctore stipulatus fuero. quo casu rem amitto: nam et prior debitor liberatur, et posterior obligatio nulla est. non idem iuris est si a seruo stipulatus fuero: nam tunc proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuissem. §. 177. Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum nouatio fit, si quid in posteriore stipulatione noui sit; forte si condicio, uel sponsor, aut dies adiiciatur, aut *de*trahatur. §. 178. Sed quod de sponsore dixi, non constat. nam diuersae scholae auctoribus placuit, nihil ad nouationem proficere sponsoris adiectionem aut detractationem. §. 179. Quod autem diximus, si condicio adiiciatur nouationem fieri, sic intellegi *oportet*, ut ita dicamus factam nouationem, si condicio extiterit: alioquin si defecerit, durat prior obligatio. sed uideamus, num is, qui eo nomine agat, doli mali, aut pacti conuenti exceptione possit summoueri. e*t* uidetur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio. Seruius tamen Sulpicius existimauit, statim, et pendente condicione, nouationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse: eo modo rem perire. qui consequenter et illud respondit: si quis id, quod sibi Lucius Titius deberet, a seruo fuerit stipulatus, nouationem fieri et rem perire; quia cum seruo agi non potest. sed in utroque casu alio iure utimur. non magis his casibus nouatio fit, quam si id, quod tu mihi debeas, a peregrino, cum quo sponsio*nis* communio non est, SPONDES uerbo stipulatus sim.

§. 180. Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalir dissoluitur, incipit autem *ten*e*r*i reus liti*s* contestatione:

§. 176. §. 3. I. quib. mod. obligat. toll. Conf. Epitome. II, 9, §. 11. *ueluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius — — stipulatus fuero.* Conf. supra §. §. 100. 107. 108. 119. *non idem iuris est si a seruo* etc. Conf. §. §. 119. 179.

§. 177. cit. §. 3. I. quib. mod. oblig. toll.

§. 179. *Quod — — — prior obligatio.* cit. §. 3. I. quib. mod. obligat. toll. *qui consequenter* etc. Conf. supra §. 176. *Non magis* etc. Conf. supra §. 93.

más cierto y determinado. Algunos autores opinan que debe suceder lo mismo aun cuando consista en cosas mensurables.

§. 176. Las obligaciones se acaban tambien por la *novacion* (*nouatione*), como si yo, por ejemplo, estipulare con Ticio que me haya de dar lo que tú me debes, pues en virtud de la intervencion de otra persona se constituye nueva obligacion que reemplaza á la primera y la estingue. Tan es así, que á veces, aun cuando la estipulacion posterior sea nula, no por eso deja de terminar la primera á causa de la novacion, como si lo que tú me debes lo estipulare yo de Ticio para despues de su muerte, ó de un pupilo ó una mujer sin la autorizacion del tutor, en cuyo caso pierdo la cosa porque queda libre el primer deudor, y juntamente es nula la segunda obligacion. No sucedería lo mismo si la estipulacion fuese con un esclavo, porque en este caso continuaría obligado el primer deudor como si de nadie hubiese yo estipulado despues.

§. 177. Mas si la estipulacion posterior fuese con la misma persona obligada primitivamente, no se verifica en este caso la novacion á menos que no contenga algo nuevo la obligacion posterior, como la adicion ó supresion de una condicion, de un *sponsor* ó de un término.

§. 178. Pero no es incontestable lo que he dicho del *sponsor*, porque, segun creen los autores de la escuela contraria, nada importa para la novacion que se añada ó se quite alguno.

§. 179. Cuando hemos dicho que si se añade una condicion hay novacion, debe entenderse esto si aquella se cumpliere, pues de otro modo subsiste la primera obligacion. Veamos, sin embargo, si el que demanda por esta causa puede ser repelido por la escepcion de dolo malo ó por la de pacto ajustado (*pacti conventi*). Parece desde luego que los contrayentes han querido que no pudiese exigirse la cosa sino en tanto que se cumpla la condicion de la estipulacion posterior. Sin embargo, segun Servio Sulpicio, la novacion queda constituida desde luego, aun antes de cumplirse la condicion, y si esta llega á faltar, no puede pedirse la cosa por ningun título, estinguiéndose de este modo el crédito. Consiguiente á su opinion este jurisconsulto, decidió que si una persona estipulare de un esclavo lo que le debiere Lucio Ticio, se verifica la novacion y perece el crédito, porque no puede reclamarse del esclavo. Pero nosotros seguimos en la práctica, tanto en uno como en otro caso, que no hay novacion, á la manera que si yo estipulase de un extranjero que ha de pagarme lo que tú me debes, sirviéndome de las palabras: PROMETES (*spondes*), siendo así que por su condicion de extranjero no puede mediar entre los dos una obligacion contraida de esta manera.

§. 180. Acábase tambien la obligacion por la *litis contestatio*, con tal que se verifique *in juditio legitimo*; porque entonces queda ciertamente disuelta la obligacion principal y empieza para

set si condemnatus sit, sublata litis contestatione, incipit ex causa iudicati teneri. et hoc (*est*), quod apud ueteres scriptum est: ante litem contestatam dare debitorem oportere; post litem contestatam condemnari oportere; post condemnationem iudicatum facere oportere. §. 181. Vnde fit, ut si legitimo iudicio debitum petiero, postea de eo ipso iure agere non possim, quia inutiliter intendo, DARI MIHI OPORTERE; quia litis contestatione dari oportere desiit. aliter atque si imperio continenti iudicio egerim: tunc enim nihilominus obligatio durat, et ideo ipso iure postea agere possum; sed debeo per exceptionem rei iudicatae uel in iudicium deductae summoueri. quae autem (*sint*) legitima iudicia, et quae imperio contineantur, sequenti commentario referemus.

§. 182. Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto oriuntur; ueluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit: quarum omnium rerum uno genere consi*stit* obligatio; cum ex contractu obligationes in IIII genera deducantur, sicut supra exposuimus.

§. 183. Furtorum autem genera Seruius Sulpicius et Masurius Sabinus IIII esse dixerunt, manifestum et nec manifestum, conceptum et oblatum: Labeo duo, manifestum, nec manifestum; nam conceptum et oblatum species potius actionis esse furto cohaerentes, quam genera furtorum; quod sane uerius uidetur, sicut inferius apparebit. §. 184. Manifestum *fur*tum quidam id esse dixerunt, quod d*u*m fi*t* deprehenditur. alii *uero* ulterius, quod eo loco deprehenditur, ubi fit: uelut si in olueto oliuarum, in uineto uuarum furtum factum est, quamdiu in eo olueto, aut uineto fur sit; aut si in domo furtum factum sit, quamdiu in ea domo fur sit. alii adhuc alterius ****** manifes-

§. 181. *Vnde — — — submoueri*. Conf. infra Commentar. IV. §. §. 106. 107. *quae autem sint* etc. Vid. Commentar. IV. §. §. 104. 105. 109.
§. 182. Conf. Epitome, II, 10, §. 1. pr. I. de obligat. q. ex delict. nasc. *sicut supra exposuimus*. Vid. §. 89.
§. 183. *Furtorum — — et nec manifestum, conceptum et oblatum*. Conf. Epitome, II, 10, §. 2. Paulus, Sent. recept. II, 31, §. 2. *duo* etc. §. 3. I. de obligat. q. ex delict. nasc. *sicut inferius apparebit*. Vid. §. §. 186. 187.
§. 184. *Manifestum — — — uisus fuerit*. Conf. cit. §. 3. I. de obligat. q. ex delict. nasc. Paulus, Sent. recept. II, 31, cit. §. 2. Gellius, Lib. XI, cap. ult. Epitome, II, 10, cit. §. 2. *etiam plurium dierum spatio id terminandum sit*. Conf. Paulus, L. 4. de furt.

el reo una nueva obligacion proveniente de la *litis contestatio*. Pero si éste fuere condenado, falta tambien la obligacion nacida de la contestacion y queda obligado desde el mismo momento por la fuerza misma de lo juzgado (*ex causa judicati*). Hé aquí por qué los antiguos decian que antes de la *litis contestatio* estaba el deudor obligado á dar; despues de ella á atenerse á la decision del juez, y despues de la decision á hacer lo que resultase del juicio.

§. 181. Resulta de aquí que si yo reclamo una deuda en un juicio legítimo, no puedo exigir su satisfaccion por otra via, porque sería inútil sostener QUE HABIA OBLIGACION DE DARME, habiendo dejado de existir dicha obligacion por la *litis contestatio*. Lo contrario sucedería, si yo dedujese mi accion en un juicio de los que emanan de la autoridad del magistrado (*qua imperio continetur*), porque en este caso subsiste la obligacion, y puedo por consiguiente demandar en seguida su cumplimiento, si bien deberá contradecirse mi demanda por la escepcion de cosa juzgada ó de pleito pendiente. En el siguiente Comentario veremos cuáles son los juicios legítimos y cuáles los que se fundan en la autoridad del magistrado.

TITULO XVII.

De las obligaciones que nacen de los delitos.

§. 182. Pasemos ahora á las obligaciones que nacen de los delitos, tales como el hurto, la rapiña, el daño y la injuria, de todos los cuales nace una sola especie de obligacion, al paso que de los contratos hemos visto nacer cuatro especies.

TITULO XVIII.

De los hurtos.

§. 183. Servio Sulpicio y Masurio Sabino digeron ser el hurto de cuatro maneras, á saber: manifiesto, no manifiesto, *conceptum* y *oblatum*; pero Labeon admite solamente las dos primeras, porque el *conceptum* y el *oblatum* mas bien que especies de hurto son acciones diferentes que de él nacen; lo cual no carece de fundamento como veremos muy pronto.

§. 184. Algunos autores han dicho que hurto manifiesto es aquel que se descubre en el acto de estarse practicando; pero otros creen que tambien es manifiesto cuando se descubre en el mismo paraje en que se ha cometido, por ejemplo, en el olivar ó viña donde se haya cometido hurto de aceitunas ó de uvas, mientras no haya salido de ellos el ladron, y tambien la casa en que se ejecutare el hurto, ínterin el ladron permaneciere en ella. Otros quieren que sea tambien manifiesto el hurto,

tum furtum esse dixerunt, donec perferret eo, quod perferre fur destinasset. alii adhuc ulterius, quandoque eam rem fur tenens uisus fuerit; quae sententia non optinuit. set et illorum sententia, qui existimauerunt, donec perferret eo, quo fur destinasset, deprehensum furtum ******************************** aliquam ********** dubitationem ******************* etiam plurium dierum spatio id terminandum sit. quod eo pertinet, quia saepe in aliis ciuitatibus subreptas res in alias ciuitates uel in alias prouincias destinat fur perferre. ex duabus itaque superioribus opinionibus alterutra approbatur: magis tamen plerique posteriorem probant. §. 185. Nec manifestum furtum quod sit, ex iis, quae diximus, intellegitur. nam quod manifestum non est, id nec manifestum est. §. 186. Conceptum furtum dicitur, cum aput aliquem, testibus praesentibus, furtiua res quaesita et inuenta est. nam in eum propria actio constituta est, quamuis fur non sit, quae appellatur concepti. §. 187. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiua tibi ab aliquo oblata sit, eaque aput te concepta sit; utique si ea mente data tibi fuerit, ut aput te potius, quam *aput* eum, qui dederit, conciperetur. nam tibi, aput quem concepta est, propria aduersus eum, qui optulit, quamuis fur non sit, constituta est actio, (*quae*) appellatur oblati. §. 188. Est et*iam* prohibiti furti aduersus eum, qui furtum quaerere uolentem prohibuerit.

§. 189. Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. nam liber uerberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat. utrum autem seruus efficeretur ex addictione, an adiudicati loco constitueretur, ueteres quaerebant. in eum autem, qui *** ****************** postea inprobata est asperitas poenae, et tam ex serui persona, quam ex liberi quadrupli actio Praetoris edicto constituta est. §. 190. Nec manifesti furti poena per legem (XII) tabularum dupli inrogatur; quam etiam Praetor conseruat. §. 191. Concepti et oblati poena ex lege XII tabularum tripli est; quae similiter a Praetore seruatur. §. 192. Prohibiti actio quadrupli ex edicto Praetoris introducta (*est*); lex autem

§. 185. cit. §. 3. I. de obligat. q. ex delict. nasc. Conf. L. 8. de furt. (ex Nostri Commentar. ad Edict. prov.) Epitome, II, 10, cit. §. 2.

§. §. 186. 187. §. 4. I. de obligat. q. ex delict. nasc. Conf. Epitome, II, 10, cit. §. 2. Paulus, Sent. recept. II, 31, §. §. 3. 5.

§. 188. cit. §. 4. I. de obligat. q. ex delict. nasc.

§. 189. Conf. Gellius, Lib. XI, cap. ult. Theophilus, IV, 12, pr. Servius, ad Aeneid. Lib. VIII, vers. 205. Isidorus, Origin. Lib. V, cap. 26, §. 5. I. de obligat. q. ex delict. nasc. item infra Commentar. IV. §. §. 111. et 173.

§. 190. Conf. Gellius, Lib. XI, cit. cap. ult. Cato, de Re rust., in Praefat. cit. §. 5. I. de obligat. q. ex delict. nasc. item infra Commentar. IV. cit. §. 173.

§. 191. Conf. Gellius, Lib. XI, cit. cap. ult. Paulus, Sent. recept. II, 31, §. 14. item infra Commentar. IV. cit. §. 173.

§. 192. Conf. Lex Rom. Burgund. Tit. XII. (Schult. XIII.) Gellius, Lib. XI, cit. cap. ult. et Lib. XVI, cap. 10. Festus, sub voc. Lance et licio.

cuando el ladron es sorprendido con el objeto hurtado antes de depositarlo en el sitio que le destinase; y finalmente, otros sostienen que basta haber visto al ladron llevando en su poder la cosa robada, para calificar de manifiesto el hurto, cuya opinion no ha prevalecido. Aun la de aquellos que creian manifiesto el hurto, cuando el ladron era sorprendido con la cosa hurtada sin haberla depositado todavía en el lugar destinado. . . . . alguna. . . . . duda. . . . . Lo que es tanto mas fundado, cuanto que con frecuencia los ladrones conducen las cosas hurtadas en una ciudad á otras ciudades y aun á otras provincias. Ambas opiniones por consiguiente han tenido defensores; pero la última está mas generalmente adoptada.

§. 185. Cuál sea el hurto *no manifiesto* se deduce claramente de lo dicho, porque todo hurto no comprendido entre los hurtos manifiestos se llama no manifiesto.

§. 186. Dícese que el hurto es encontrado (*conceptum*), cuando en presencia de testigos se busca y halla en poder de alguien la cosa hurtada; porque se dá contra éste, aunque no sea el ladron, una accion propia y especial que se llama *concepti*.

§. 187. El hurto se llama trasmitido (*oblatum*), cuando la cosa hurtada se busca y halla en tu poder de la manera dicha á consecuencia de habértela ofrecido alguno precisamente con ánimo de que se encontrase mas bien en tu poder que en el suyo; porque en tal caso te corresponde contra aquel que te ofreció la cosa hurtada una accion especial llamada *oblati*.

§. 188. Contra el que se opone á la averiguacion del hurto, hay tambien una accion que se llama de inquisicion de hurto estorbada (*furti prohibiti*).

§. 189. La ley de las Doce Tablas castigaba con pena capital el hurto manifiesto, porque el hombre libre que se hacia culpable de este delito, era azotado y entregado judicialmente á la persona hurtada; pero los antiguos disputaban sobre si se hacia esclavo en virtud de la entrega judicial (*ex addictione*), ó quedaba solo en la clase de los adjudicados. . . . . posteriormente el edicto del pretor convirtió esta pena demasiado severa en el pago del cuádruplo sin hacer diferencia entre los hombres libres y los esclavos.

§. 190. La pena impuesta por la ley de las Doce Tablas respecto del hurto no manifiesto consiste en el duplo, y así la ha conservado el pretor en su edicto.

§. 191. De la misma manera ha conservado el pretor la pena del triplo con que se castigaba por la ley de las Doce Tablas el hurto *conceptum* y el *oblatum*.

§. 192. La pena del cuádruplo ha sido impuesta á los que

eo nomine nullam poenam constituit. hoc solum praecepit, ut qui quaerere uelit, nudus quaerat, linteo cinctus, lancem habens; qui si quid inuenerit, iubet id lex furtum manifestum esse. §. 193. Quid sit autem linteum, quaesitum est. set uerius *est*, consuti genus esse, quo necessariae partes tegerentur. quare lex tota ridicula est. nam qui uestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibitus est: eo magis, quod ita quaesita res inuenta maiori poenae subiiciatur. deinde quod lancem siue ideo haberi iubeat, ut manibus occupantis nihil subiiciatur, siue ideo, ut quod inuenerit ibi imponat, neutrum eorum procedit, si id, quod *quae*ratur, eius magnitudinis aut naturae sit, ut neque subiici, neque ibi inponi possit. certe non dubitatur, cuiuscumque materiae sit ea lanx, satis legi fieri. §. 194. Propter hoc tamen, quod lex ex ea causa manifestum furtum esse iubet, sunt, qui scribunt, furtum manifestum aut lege, aut natura (*intellegi*): lege id ipsum, de quo loquimur, natura illud, de quo superius exposuimus. sed uerius est, natura tantum manifestum furtum intellegi. neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non si*t*, manifestus sit; non magis, quam (*ut*) qui omnino fur non sit, fur sit, et qui adulter aut homicida non si*t*, adulter uel homicida sit. at illud sane lex facere potest, ut perinde aliquis poena teneatur atqu*e* si furtum, uel adulterium, uel homicidium admi*si*sset, quamuis nihil eorum admiserit.

§. 195. Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amouet; set generaliter cum qui*s* rem alienam inuito domino contrectat. §. 196. Itaque si quis re, quae aput eum deposita sit, utatur, furtum committit. et si quis utendam rem acceperit, eamque in alium usum transtulerit, furti obligatur: ueluti si quis argentum utendum acceperit, (*quod*) quasi amicos ad cenam inuitaturus rogauerit, et id peregre secum tulerit: aut si quis equum gestandi gratia commodatum longius *se*cum aliquo dux*e*rit; quod ueteres scripserunt de eo, qui in aciem perduxisset. §. 197. Placuit tamen eos, qui *re*bus commodatis aliter uterentur, quam utendas accepis-

§. 193. Conf. Festus loc. allegat.

§. 195. §. 6. I. de obligat. q. ex delict. nasc. Conf. Epitome, II, 10, §. 3. item Gellius, Lib. XI, cit. cap. ult.

§. 196. *Itaque — — — furti obligatur*. Conf. cit. §. 6. I. de obligat. q. ex delict. nasc. Epitome, II, 10, §. 4. *ueluti* etc. cit. §. 6. I. Conf. Epitome, II, 10, §. 5.

§. 197. §. 7. I. de obligat. q. ex delict. nasc.

se opusieren á la averiguacion de un hurto por el pretor y no por la ley, la cual no fijó pena ninguna en este caso, limitándose á mandar solamente que el que quisiera buscar la cosa hurtada, debia hacerlo desnudo, ceñido con un lino y provisto de un plato ó bandeja (*laux*), y que si de este modo encontrare el objeto hurtado, se considerase el hurto como manifiesto.

§. 193. Se ha disputado acerca de lo que debe entenderse por el *linteum*: lo mas cierto es que se designa con aquel nombre cierto género de tela cosida que debia encubrir las vergüenzas. De consiguiente la ley era ridícula en todas sus disposiciones: por una parte prohibe al que busca la cosa hurtada, que lo haga vestido: por otra no quiere que vaya desnudo: disposiciones tanto mas risibles, cuanto que hallada así una cosa, el culpado debe, segun la misma ley, sufrir una pena mas considerable. No es menos inútil la disposicion respecto al *lanx*, porque bien sea su objeto impedir al que lo tiene en sus manos ocultar nada en ellas, bien sea que esté destinado á depositar en él la cosa hurtada, caso de encontrarse, el hecho es que puede muy bien darse un objeto que por su tamaño ó por su naturaleza no pueda ni ocultarse en las manos ni ser depositado en el *lanx*; cuando por otra parte cualesquiera que sean la materia y porte de éste, la disposicion de la ley queda sin duda alguna cumplida.

§. 194. En vista de que la ley en este caso manda considerar como manifiesto el hurto, han pretendido algunos autores que este puede ser manifiesto de dos maneras, ó por la ley ó por la naturaleza misma del hurto, siendo el primero este de que hablamos, y el mencionado anteriormente el segundo; pero tiene mas exactitud decir que el hurto solo puede ser manifiesto por su naturaleza, porque la ley no alcanza á hacer que sea ladron manifiesto el que no lo es, á la manera que tampoco puede hacer que sea ladron el que absolutamente no ha hurtado, ni homicida ó adúltero el que en realidad no lo fuese. Lo que sí puede hacer la ley indudablemente, es castigar á alguno como si hubiese cometido hurto, adulterio ú homicidio, aun cuando esté inocente de tales delitos.

§. 195. No solamente se comete el hurto cuando alguno sustrae la cosa agena para apropiársela, sino generalmente hablando, siempre que dispone de ella sin consentimiento del dueño.

§. 196. Por tanto el depositario de una cosa comete hurto si usare de ella, y de la misma manera el que recibiere un objeto para cierto uso y lo destinare á otro, como si á pretesto de ofrecer una comida á sus amigos, toma prestada una vagilla de plata y se marcha con ella de viaje; ó si toma en comodato un caballo para evacuar ciertos negocios y se lo lleva mas lejos; decision que adoptaron los antiguos respecto de aquel comodatario que llevase el caballo al ejército.

§. 197. Se ha decidido, sin embargo, que en tanto cometen hurto los que dan á las cosas un uso diferente de aquel para

sent, ita furtum committere, si intellegant, id se inuito domino facere, eumque si intellexisset non permissurum: et si permissurum crederent, extra furti crimen uideri: optima sane distinctione, quia furtum sine dolo malo non committitur. §. 198. Set *et* si credat aliquis, inuito domino se rem *con*trectare, domino autem uolente id fiat, dicitur furtum non fieri. unde illud quaesitum est, cum Titius seruum meum sollicitauerit, ut quasdam res mihi subriperet et ad eum perferret, (*et seruus*) id ad me pertulerit, ego (*autem*), cum uolo Titium in ipso delicto deprehendere, permiserim seruo, quasdam res ad eum perferre: utrum furti, an serui corrupti iudicio teneatur Titius mihi, an neutro. responsum, neutro eum teneri: furti ideo, quod non inuito me res contrectaret; serui corrupti ideo, quod deterior seruus factus non est. §. 199. Interdum autem etiam liberorum hominum furtum fit; uelut si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, siue etiam uxor, quae in manu nostra sit, siue etiam iudicatus, uel auctoratus meus subreptus *fuerit*. §. 200. Aliquando etiam *suae* rei quisque furtum committit; ueluti si debitor rem, quam creditori pignori dedit, subtraxerit, uel si bonae fidei possessori rem meam possidenti subripuerim. unde placuit eum, qui seruum suum, quem alius bona fide possidebat, ad se reuersum celauerit, furtum committere. §. 201. Rursus ex diuerso interdum (*rem*) alienam occupare et usucapere concessum est, nec creditur furtum fieri: uelut res hereditarias, quarum ******* nactus possessionem * necessarius heres esset; nam necessario herede extante placuit, ut pro herede usucapi possit. d*ebi*tor *quoque*, q*ui* fid*uciam*, *quam* cr*e*dit*o*ri mancipauerit, aut in iure cesserit, d**etinet*, *ut** superiore commentario rettulimus, sine furto possidere et usucapere potest. §. 202. Interdum furti tenetur, *qui* ipse furtum non fecerit: qualis est, cuius ope, consilio furtum factum est. in quo numero est, qui nummos tibi excussit, ut eos alius surriperet; uel opstitit tibi, ut alius surriperet: aut oues tuas aut boues fugauit, ut alius eas exciperet. et hoc ueteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugauit armentum. sed si qui*d* per lasciuiam, et non

§. 198. Conf. L. 20. C. de furt. (Iustinian.) *Set — — — an neutro.* §. 8. I. de obligat. q. ex delict. nasc. conferenda etiam ad reliquam huj. §. partem.

§. 199. §. 9. I. de obligat. q. ex delict. nasc. *auctoratus meus.* Conf. Acron, ad Horat. Serm. Lib. II, sat. 7, vers. 58. 59. Paulus, Collat. Tit. IV, §. 3. Vlpianus, Collat. Tit. IX, §. 2. aliique veter. scriptor. loci a Pithoeo et Schultingio in annotation. ad Coll. allegati.

§. 200. *Aliquando — — subtraxerit.* §. 10. I. de obligat. q. ex delict. nasc.

§. 201. *uelut res hereditarias — — — usucapi possit.* Conf. Commentar. II. §. §. 52. 57. 58. *ut superiore commentario rettulimus.* Vid. Commentar. II. §. §. 59. 60.

§. 202. *Interdum — — — dari debeat.* §. 11. I. de obligat. q. ex delict. nasc. Conf. Epitome, II, 10. §. 6. *sed si quis per lasciviam* etc. Conf. infra §. 219. item L. 50. §. ult. de furt. (ex Vlpiano) et L. 51. eod. (ex Nostri Commentar. ad Edict. prov.) *cum per legem Aquiliam* etc. Conf. infra §. 211.

que las recibieron, en cuanto obren á sabiendas sin consentimiento del dueño y con la certeza de que si lo supiese no lo permitiría, y que á estar persuadidos de lo contrario, no pueda imputárseles el crímen de hurto, cuya distincion es evidentemente justa, porque en faltando el dolo malo no se comete hurto.

§. 198. Aun en el caso de que uno disponga de la cosa en la persuasion de que obra contra la voluntad del dueño, se ha decidido, si éste lo consiente, que aquel no comete hurto. De aquí la siguiente cuestion: si mi esclavo me diere aviso de que Ticio le solicita para que me hurte ciertas cosas y las ponga en su poder, y yo le permitiere que se las lleve con ánimo de coger á aquel en flagrante delito, ¿puedo yo repetir contra Ticio por la accion de hurto, por la de *esclavo corrompido* (*servi corrupti*), ó bien no puedo hacerlo ni por una ni por otra? La respuesta es que ni por una ni por otra: no por la de hurto, porque no se ha apoderado de mis cosas contra mi voluntad; ni tampoco por la de *esclavo corrompido*, porque el esclavo no se ha hecho mas malo.

§. 199. A veces se comete tambien hurto de personas libres, como cuando se nos quita alguno de nuestros descendientes sujeto á la patria potestad, á la mujer sometida á nuestro poder, á un individuo que nos pertenece por sentencia judicial (*judicatus*), ó que depende de nosotros por recibir merced ó salario (*auctoratus*).

§. 200. Tambien en algunos casos el propietario mismo de una cosa puede hurtarla, como si el deudor sustrajese la cosa que dió en prenda al acreedor, ó yo me apoderase sigilosamente de una cosa mia que otro poseyese de buena fé. De aquí el haberse establecido que si un esclavo poseido de buena fé por cualquier persona vuelve á presentarse á su señor, comete éste hurto caso de ocultarlo.

§. 201. Por el contrario, puede uno á veces ocupar y usucapir la cosa agena, sin que por eso se crea que hurta; por ejemplo, las cosas hereditarias, de las cuales. . . . .; porque habiendo heredero necesario, se ha decidido que pueda verificarse la usucapion *pro herede*. Tambien el deudor que retiene en su poder el objeto mancipado ó cedido judicialmente al acreedor en prenda (*fiducia*), puede poseer y usucapir este objeto, segun digimos en el comentario precedente, sin que por eso cometa hurto.

§. 202. Algunas veces responde del hurto una persona que no lo ha cometido por sí misma, cual es la que haya prestado su ayuda ó consejo para ajecutarlo, en cuyo caso se halla el que hiciere caer tus monedas para que otro se apodere de ellas, ó te detuviere para que otro te hurte, ó dispersare tus ovejas ó tus bueyes para que las coja otro, lo cual determinaron tambien los antiguos respecto de aquel que hacia huir el ganado valiéndose

data opera, ut furtum committeretur, factum sit, uidebimus, an utilis *Aquiliae actio* dari debeat; cum per legem Aquiliam, quae de damno lata (*est*), etiam culpa puniatur.

§. 203. Furti autem a*ctio* ei competit, cuius interest rem saluam esse, licet dominus non sit. itaque nec domino aliter competit, quam si e*ius* in*ter*sit, rem non perire. §. 204. Vnde constat, creditorem de pignore subrepto furti agere posse, adeo quidem, ut quamuis ipse dominus, id est, ipse debitor eam rem subripuerit, nihilominus creditori competat actio furti. §. 205. Item si fullo polienda curandaue, aut sarcinator sarcienda uestimenta mercede certa acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus: quia domini nihil *interest*, ea non perisse, cum iudicio locati a fullone aut sarcinatore suum *per*sequi poss*it*. si modo is fullo aut sar*cinat*or (*ad*) rem praestandam sufficiat: nam si soluendo non est, tunc quia ab eo dom*inus suu*m consequi non potest, ipsi furti actio competit, quia hoc casu ipsius interest, rem saluam esse. §. 206. Quae de fullone aut sarci*na*tore diximus, eadem transferemus et ad eum, cui rem commodauimus. nam ut illi mercedem capiendo custodiam praestant, ita hic quoque utendo commodum percipiendo similiter necesse habet, custodiam praestare. §. 207. Sed is, aput quem res deposita est, custodiam non praestat, tantumque in eo obnoxius est, si quid ipse dolo fecerit. qua de *causa* (*si*) res ei subrepta fuerit, quae restituenda est, eius nomine depositi non *t*enetur, nec ob id eius interest, rem saluam esse: furti itaque agere non potest; *s*et ea actio domino competit.

§. 208. In summa s*ciendum* est, qua*e*situm esse, an impubes rem alienam *am*ouendo furtum faciat. plerisque placet, quia furtum ex ad*f*ectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, et ob id intellegat, se delinquere.

§. 209. Qui res alienas rapit, tenetur et*iam* furti. quis enim

§. 203. §. 15. I. de obligat. q. ex delict. nasc.
§. 204. §. 16. I. de obligat. q. ex delict. nasc.
§. 205. §. 17. I. de obligat. q. ex delict. nasc.
§. 206. §. 18. I. de obligat. q. ex delict. nasc.
§. 207. §. 19. I. de obligat. q. ex delict. nasc.
§. 208. §. 20. I. de obligat. q. ex delict. nasc.
§. 209. pr. I. de bon. vi rapt.

de una tela encarnada. Con todo, ya examinaremos si caso de hacer uso todas estas cosas por via de diversion ó juego, y no para ayudar á la perpetracion del hurto, podrá entablarse contra él la accion útil de la ley Aquilia, supuesto que esta ley promulgada para remediar los daños, castiga tambien la simple culpa.

§. 203. La accion de hurto compete al que tuviere interés en conservar la cosa, aunque no sea su dueño, y por consiguiente en tanto competirá al mismo dueño, en cuanto tuviere interés en que la cosa no perezca.

§. 204. De donde ciertamente resulta que el acreedor, á quien se sustrae la prenda, puede repetirla por la accion de hurto, aun cuando sea sustraida por el mismo dueño, es decir, por el mismo deudor que se la diera.

§. 205. Del mismo modo si alguien hurtare á un tintorero ó sastre el vestido que se les ha entregado para que lo limpien ó compongan mediante cierta cantidad, no compete al dueño la accion de hurto sino al tintorero ó sastre, porque ningun interés tiene aquel en la conservacion de la cosa, toda vez que puede repetir contra estos por la accion de arrendamiento (*judicio locati*). Entiéndase, empero, si tienen con qué responder de la cosa, pues si fueren insolventes, como entonces no es dado al dueño obtener de ellos la indemnizacion de la cosa hurtada, le compete la accion de hurto á causa de asistirle ya un verdadero interés en la conservacion de la cosa.

§. 206. Lo dicho respecto del tintorero y del sastre se aplica tambien al comodatario, porque á la manera que aquellos toman á su cargo la custodia de la cosa por recibir cierta retribucion, así éste por aprovecharse del uso se obliga tambien á custodiar el objeto prestado.

§. 207. Pero el depositario de una cosa no tiene semejante obligacion, y solo es responsable de su propio dolo; por lo cual si alguno le sustragere la cosa que debia restituir, no queda él obligado por la accion de depósito ni tiene interés por tanto en la conservacion de la cosa, y así no puede perseguirla por la accion de hurto, que en este caso compete al dueño.

§. 208. Por último, háse cuestionado sobre si comete ó no hurto el impúber que sustrae la cosa agena; pero atendiendo á que sin intencion no puede darse hurto, se ha decidido generalmente que solo queden obligados á responder de este crímen aquellos impúberes que por estar próximos á la pubertad obran conociendo que delinquen.

TITULO XIX.

Del robo ó de la rapiña.

§. 209. Tambien queda obligado por la accion de hurto el

magis alienam rem inuito domino *con*trectat, quam qui rapit? itaque rect*e* *dict*um est, eum improbum furem esse. set propriam actionem eius *del*icti nom*ine* Praetor introduxit, quae appellatur ui bonorum raptorum. et est intra annum quadrupli actio, post annum simpli. quae actio utilis est, etsi quis unam rem, licet minimam, rapuerit.

§. 210. Damni iniuriae actio constituitur per legem Aquiliam, cuius primo capite cautum est, (*ut*) si quis hominem alienum, eamue quadrupedem, quae pecudum numero sit, iniuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fu*er*it, tantum domino dare damnetur. §. 211. Is iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id acciderit. nec ulla alia lege damnum, quod sine iniuria datur, reprehendi*tur*. itaque inpunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit. §. 212. Nec solum corpus in actione huius legis aestimatur, sed sane *si* seruo occiso plus dominus capiat damni, quam pretium serui, id quoque aestimatur: uelut si seruus meus ab aliquo heres institutus, antequam iussu meo hereditatem cerneret, occis*u*s fuerit; non enim tantum ipsius pretium aestimatur, sed et hereditatis amissae quantitas. item si ex gemelis, uel ex comoedis, uel ex symphoniacis unus occisus fuerit, non solum occisi fit aestimatio, sed eo amplius computatur, quod ceteri, qui supersunt, depretiati sunt. idem iuris est etiam, si (*quis*) ex pari mularum unam, uel etiam ex quadriga equorum unum occiderit. §. 213. Cuius autem seruus occisus est, is liberum arbitrium habet, uel capitali crimine reum facere eum, qui occiderit, uel hac lege damnum persequi. §. 214. Quod autem adi*ec*tum est in hac lege: QVANTI IN EO ANNO PLVRIMI EA RES FVERIT; illud efficit, (*ut*) si (*quis*) claudum puta, aut luscum seruum occiderit, qui in eo anno integer fu*er*it, aestimatio fiat (*non quanti mortis tempore, sed quanti in eo anno plurimi fuerit*). quo fit, ut quis plus in*ter*dum *con*sequatur, quam ei damnum datum est.

§. 210. pr. I. de lege Aquil. Conf. L. 2. pr. ad leg. Aquil. (ex Nostri Commentar. ad Edict. prov.)
§. 211. Conf. §. §. 2. 3. I. de lege Aquil.
§. 212. Conf. §. 10. I. de lege Aquil.
§. 213. Conf. §. 11. I. de lege Aquil.
§. 214. Conf. §. 9. I. de lege Aquil. QVANTI — FVERIT. Conf. Noster cit. L. 2. pr. ad leg. Aquil. Vlpianus, L. 21. pr. eod.

que arrebata violentamente las cosas agenas, porque ¿de quién con mas razon que de este puede decirse que se apodera de ellas contra la voluntad del dueño? De consiguiente se le llama con sobrado fundamento ladron cualificado. Mas el pretor introdujo respecto de este delito una accion propia de su mismo nombre, la cual se llama accion de los bienes arrebatados con violencia (*vi bonorum raptorum*), y se concede á la parte para que pueda reclamar el cuádruplo dentro del año, y pasado éste, el valor tan solo de la cosa robada. Esta accion es útil aunque el robo consista en una sola cosa y de poquísimo valor.

TITULO XX.

De la ley Aquilia.

§. 210. La accion *de daño causado injustamente* (*damni iniuriae actio*) se estableció por la ley Aquilia, cuyo primer capítulo previene que si alguno matare contra derecho un esclavo ageno ó un cuadrúpedo de los que pertenecen á cualquiera especie de ganado, se le condene á pagar al propietario una suma igual al mayor precio que estas cosas tuvieren en el mismo año.

§. 211. Se entiende que mata contra derecho el que lo hace por su dolo ó culpa, pues ninguna ley castiga el daño no inferido contra derecho, por cuya razon no sufre ninguna pena el que sin dolo malo ó culpa causare un daño por cualquier accidente.

§. 212. Para la aplicacion de esta ley se tiene en cuenta no solo el valor del esclavo muerto, sino tambien la pérdida que por esta causa esperimentare su señor, como si fuere muerto un esclavo mio instituido heredero antes de aceptar por mi mandado la herencia, pues en este caso se tiene en cuenta no solamente el precio del esclavo, sino tambien el valor de la herencia perdida. De la misma manera si de una pareja de cómicos ó de músicos fuere muerto uno, no se computa solamente lo que éste valiera en sí, sino tambien el menor precio que por esta causa tuvieren los restantes. La misma regla se sigue si uno matare una mula ó un caballo deshermanando así una collera ó un tiro.

§. 213. Empero el señor del esclavo muerto puede escoger entre perseguir al matador como reo de un crímen *capital*, ó pedir el resarcimiento del daño en virtud de la ley Aquilia.

§. 214. De estas palabras de la ley: EL MAYOR PRECIO QUE TUVIERE LA COSA EN EL MISMO AÑO, resulta que si, por ejemplo, alguno mata á un esclavo cojo ó tuerto, pero que haya estado sin estos defectos en el mismo año, tendrá obligacion de pagar no lo que valiera al tiempo de la muerte, sino lo mas que haya valido en todo el año; por donde á veces puede suceder que uno consiga mayor indemnizacion que daño hubiere recibido,

§. 215. Capite secundo (*in*) adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res esset, tanti actio constituitur. §. 216. Q*ua* et ipsa parte legis damni nomine actionem introduci manifestum est. sed id caueri non fuit necessarium, cum actio mandati ad eam rem sufficeret; nisi quod ea lege adversus infitiantem in duplum agitur.

§. 217. Capite tertio de omni cetero damno cauetur. itaque si quis seruum, uel eam quadrupedem, quae pecudum numero (*est, uulnerauerit, siue eam quadrupedem, quae pecudum numero*) *non est,* uelut canem, aut feram bestiam, uel*ut* ursum, leonem, uulnerauerit uel occiderit, ex hoc capite actio constituitur, in ceteris quoque animalibus, item in omnibus rebus, quae anima carent, damnum iniuria datum hac parte uindicatur. si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum (*fuerit*), actio hoc capite constituitur: quamquam potuerit sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere; ruptum (*enim intellegitur, quod quoquo modo corruptum*) est. unde non so**lum usta, aut** rupta, aut fracta, set et*iam* scissa et collisa et effusa et ******* aut perempta atque deteriora facta hoc uerbo continentur. §. 218. Hoc tamen capite non quanti in eo anno, sed quanti in diebus XXX proxumis ea res fuerit, damnatur is, qui damnum dederit. ac ne PLVRIMI quidem uerbum adiicitur. et ideo quidam ** putauerunt, liberum esse ****************** diebus ******************* adiiceret, *quo* plurimi res fuit, uel *eum,* quo minoris fuit. sed Sabino placuit, perinde habendum, ac *si* et*iam* hac parte PLVRIMI uerbum adiectum esset: nam legis latorem contentum fuisse, (*quod prima parte eo uerbo usus esset*). §. 219. Et placuit, ita demum ex ista lege actionem esse, si quis corpore suo damnum dederit. *at*qui, alio modo damno dato, utiles actiones dantur: uelut si quis alienum hominem, a*ut* pecudem incluserit et fame necauerit, aut iumentum tam uehementer egerit, ut rumperetur; (*aut*) si quis alieno seruo persuaserit, ut in arborem ascenderet, uel in puteum descenderet, et *is* ascendendo aut descendendo ceciderit, aut mortuus fuerit, aut aliqua parte corporis laesus sit. item si quis alienum seruum de ponte *aut* ripa in flumen proiecerit, et is suffocatus

§. 215. Conf. §. 12. I. de lege Aquil. Vlpianus, L. 27. §. 4. eod. item supra §. 111.

§. 216. Conf. supra cit. §. 111. *nisi quod ea lege* etc. Conf. infra Commentar. IV. §. §. 9. 171.

§. 217. §. 13. I. de lege Aquil.

§. 218. *Hoc — — dederit.* §. 14. I. de lege Aquil. *ac ne — adiicitur.* §. 15. I. eod. *et ideo — — — quo minoris fuit.* Conf. Theophilus ad §. cit. *sed Sabino* etc. cit. §. 15. I.

§. 219. §. 16. I. de lege Aquil.

§. 215. El capítulo segundo de la ley Aquilia establece contra el adstipulador, que se dá por entregado del dinero en fraude del estipulador, una accion igual al valor de la suma estipulada.

§. 216. Es evidente que en esta parte de la ley se introduce una accion á título de daño: disposicion supérflua á causa de bastar en este caso la accion de mandato, si no fuera porque, segun aquella ley, se procede por el duplo contra el que niega la suma recibida.

§. 217. El capítulo tercero habla de las demas especies de daño. Por consiguiente en esta parte de la ley se establece la accion para repetir contra el que hiera á un esclavo ó á un cuadrúpedo de cualquiera especie de ganado; contra el que hiera ó mate á los cuadrúpedos que no son de este número como los perros y las bestias feroces, cuales son los osos y los leones; y por último, contra el que causare cualquiera especie de daño contra derecho á los demas animales y aun en las cosas inanimadas. Así, pues, esta parte de la ley prescribe la accion que asiste á la persona perjudicada, cuando alguna cosa fuere quemada, quebrada, destruida (*rupta*); bien es verdad que esta última denominacion podia abrazar todas las demas, porque *ruptum* se aplica á todo lo que en alguna manera se destruye (*quoque modo corruptum*), y por lo tanto bajo este título no solo se comprenden las cosas quemadas, quebradas y destruidas, sino tambien las rasgadas, contundidas, derramadas, aniquiladas. . . . . y en fin de cualquier modo deterioradas.

§. 218. Sin embargo, el capítulo de que tratamos, no impone al causante del daño la pena de pagar lo que la cosa valiere durante el año mismo, sino el precio que hubiere tenido en los treinta dias anteriores al daño; siendo tambien de notar que en este capítulo no se añade la palabra PLURIMI (el mayor valor), por cuya razon han creido algunos autores *que el causante del daño* puede *escoger* libremente *entre los treinta* dias aquel en que la cosa haya alcanzado mas valor, ó por el contrario aquel en que hubiere tenido menos. Pero Sabino decidió que la estimacion debe hacerse como si en esta parte de la ley se encontrase tambien la palabra PLURIMI, por cuanto debió contentarse el legislador con haberla usado en el primer capítulo.

§. 219. Y se ha decidido que en tanto es aplicable la accion de esta ley, en cuanto el causante del daño lo hiciere con su cuerpo, pues á hacerlo de otro modo, tienen lugar las acciones útiles: por ejemplo, si alguno encerrase un esclavo ó un animal ageno de los comprendidos bajo la denominacion de *ganado*, y lo dejase morir de hambre, ó si aguijase tanto á una caballería que la rebentase, ó si por sugestiones suyas subiese á un árbol ó bajase á un pozo el esclavo ageno, y al subir ó bajar cayese quedando muerto ó lisiado. Pero fácilmente se colije que si alguno arrojare al rio desde el puente ó desde la orilla á un esclа-

fuerit, *hunc* corpore suo damnum dedisse eo quod proiecerit, non difficiliter intellegi potest.

§. 220. Iniuria autem committitur non solum cum quis pugno puls*atus*, *aut* fuste percussus, uel etiam uerberatus erit, sed et si cui conuicium factum fuerit; siue quis bona alicuius quasi debitoris, sciens eum nihil debere sibi, proscripserit; siue quis ad infamiam alicuius libellum aut carmen scripserit; siue quis matrem familia*s* aut praetextatum adsectatus fuerit; et denique aliis pluribus modis. §. 221. Pati a*utem* iniuriam uidemur non solum per nosmet ipsos, sed et*iam* per liberos nostros, quos in potestate habemus; item per uxores nostras, quae in manu nostra s*u*nt. itaque si ******** filiae meae, quae Titio nupta est, iniuriam feceris, non solum filiae nomine tecum agi iniuriarum potest, uerum etiam meo quoque et Titii nom*ine*. §. 222. Seruo autem ipsi *quidem* nulla iniuria intellegitur fieri, sed domino per eum fieri uidetur: non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos nostros uel uxores iniuriam pati uidemur, sed ita cum quid atrocius commissum fuerit, quod aperte in *con*tumeliam domini fieri uidetur; ueluti si quis alienum seruum uerberauerit: et in hunc casum formula proponitur. at si quis seruo conuicium fecerit, uel pugno eum percusserit, non proponitur ulla formula; nec temere petenti datur.

§. 223. Poena autem iniuriarum ex leg*e* tabula*rum* propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os uero fractum aut collisum trecentorum assium poena erat, uelut si libero os fractum erat; at si seruo CL: propter ceteras uero iniurias XXV assium poena er*a*t constituta. et uidebantur illis temporibus, in magna paupertate, satis idoneae istae pecuni*ari*ae poenae. §. 224. Set nunc alio iure utimur. permittitur enim nobis a Praetore *ips*is iniuriam aestimare, et iudex uel tanti condemnat, quanti nos aestimauerimus, uel minoris pro*ut* ill*i* *ui*sum fuerit. set cum atrocem iniuriam Praetor aestimare soleat, si simul constituerit, quantae pecuniae nomine fieri debeat uadimonium, hac ipsa quantitate taxamu*s* formulam, et

§. 220. §. 1. I. de injur. *siue quis bona — — proscripserit.* Conf. Cicero pro Quintio, cap. 15.
§. 221. §. 2. I. de injur.
§. 222. §. 3. I. de injur.
§. 223. *Poena — — fractum.* §. 7. I. de injur. *Poena — — talio erat.* Conf. Gellius, Lib. XX, cap. 1, princip. et Lib. XVI, cap. 10. Festus, sub voc. Talionis. *propter os — — seruo* CL. Conf. Paulus, Collat. Tit. II, §. 5. *propter ceteras — constituta.* Conf. Gellius et Collatio, loc. cit. *et uidebantur illis temporibus* etc. Conf. cit. §. 7. I.
§. 224. Conf. Paulus, Collat. Tit. II, §. 6. *Set — — — uisum fuerit.* Conf. cit. §. 7. I. de injur. *set cum atrocem* etc. Conf. Vlpianus, Collat. Tit. II, §. 2. item Lex Rom. Burgund. Tit. V.

vo ageno y éste se ahogare, el daño lo causa con su cuerpo por cuanto empuja ó precipita al esclavo.

TITULO XXI.

De las injurias.

§. 220. Cométese injuria no solo dando á alguno puñadas, palos ó azotes, sino tambien ultrajándolo con palabras, haciendo pregonar sus bienes por una deuda supuesta, ó escribiendo contra él libelos ó versos infamantes. Tambien comete injuria el que sigue á una matrona ó á un jóven menor de diez y siete años (*pretextatum*), requiriéndoles de amores y finalmente de otras muchas maneras.

§. 221. Se juzga que padecemos injuria no solo por nosotros mismos, sino tambien por los descendientes que se hallen bajo nuestra potestad, y por las esposas sometidas á nuestro poder (*manus*). Por consiguiente, si. . . . . . . injuriares á mi hija, esposa de Ticio, podré entablar contra tí la accion de injuria, no solo en nombre de mi hija sino tambien en el mio propio y en el de Ticio.

§. 222. El esclavo no recibe ciertamente injuria en sí mismo, pero la recibe el señor por él, aunque no en los mismos casos en que se juzga que padecemos injuria por medio de nuestros descendientes ó de nuestras mujeres, sino solamente cuando el esceso sea tan atroz que pareciere manifiesto haberse cometido en oprobio del señor, como si alguno azotase al esclavo ageno, en cuyo caso tiene lugar la accion con arreglo á la fórmula. Mas no sucede así cuando alguno tratase mal de palabras ó diese de puñadas á un esclavo, pues entonces ni asiste por la ley accion al dueño para quejarse, ni tampoco se la concedería el magistrado, puesto que temerariamente la pidiese.

§. 223. La pena de las injurias que consistian en la lesion de un miembro, era, segun la ley de las Doce Tablas, el talion; mas la fractura ó quebrantamiento de algun hueso se castigaba con la multa de trescientos ases tratándose de un hombre libre, y con la de ciento cincuenta si de un esclavo. Por lo que hace á las demas injurias, la pena establecida por dicha ley era solo de veinte y cinco ases, y parece que debian bastar estas penas pecuniarias en aquellos tiempos de estremada pobreza.

§. 224. Mas al presente rigen otras disposiciones, pues se nos permite valuar nuestras injurias ante el pretor, y el juez condena al agresor en el tanto que hubiéremos señalado ó en una cantidad menor si así le pareciere. Pero como ordinariamente cuando la injuria es grave, hace el pretor por sí mismo la apreciacion, si determinare al mismo tiempo por qué suma de dinero debe hacerse la citacion en juicio, fijamos la misma cantidad en la fórmula de nuestra accion; y aunque el juez pueda

iudex, *quamuis* possit uel minoris damnare, plerumque tamen propter ipsius Praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem. §. 225. Atrox autem iniuria aestimatur uel ex facto, uelut si quis ab aliquo uulneratus, aut uerberatus fustibusue caesus fuerit; uel ex loco, uelut si cui in theatro, aut in foro iniuria facta sit; uel ex persona, uelut si magistratus iniuriam passus fuerit, uel senatoribus ab humili persona facta sit iniuria

---

§. 225. §. 9. I. de injur.

COMMENTARII TERCII FINIS.

disminuir la pena, no osa sin embargo hacerlo por deferencia á la autoridad del pretor.

§. 225. La injuria se considera grave, ora por razon del mismo hecho, como cuando se trata de heridas, palos ó azotes; ora por el lugar, como si la injuria se cometiere en el teatro ó en el foro; ora finalmente por la calidad de la persona, como cuando la injuria se hiciere á un magistrado ó senador por una persona de baja condicion.

FIN DEL COMENTARIO TERCERO.

NOTAS

DEL COMENTARIO TERCERO.

§. 11. En Ulpiano (Fragm. XXVI. §. 1.) se encuentra el fragmento mismo de la ley de las Doce Tablas que contiene esta disposicion: SI INTESTATO MORITVR CVI SVVS HERES NEC SIT, PROXIMVS ADGNATVS FAMILIAM HABETO.

§. 12. De este párrafo resulta que una vez abierta la herencia en favor de un agnado, quedaba para siempre cerrada á los demas, y por tanto si dejaba de recogerla el agnado mas próximo á quien se le defería, ningun otro, segun el derecho civil, podia presentarse á reclamarla como tal. V. *Inst. explic.*, t. II, pág. 331. Sin embargo, véase lo que dice nuestro autor en el §. 28 de este comentario.

§. 14. La esclusion de las hembras tenia por objeto conservar los bienes en la familia del difunto: el mismo objeto se propuso la ley Voconia al prohibir la institucion de las mujeres. Véase á Montesquieu, Esprit des lois, lib. XXVII.

§. 33. Loci sententia haud dubie haec est: Gajus ait, se ceteros istos bonorum possessionis gradus in his commentariis summo tantum digito tangere, cum de bonorum possessionis jure plenius propriis Commentariis egerit. *Nota de Goeschen.*

§. 42. La ley Papia Poppaea data desde el año 762 de Roma, el 14 de la era cristiana.

§. 43. Hé aquí el sentido completo de este párrafo: «Segun el derecho antiguo no podian temer nunca los patronos que se les privase de la sucesion de sus libertas, ora muriesen testadas ó intestadas: en el primer caso, porque las libertas no podian testar sino con autorizacion del patrono; y en el segundo, porque no pudiendo dejar herederos suyos, tenia el patrono derecho á la sucesion de aquellas con preferencia á cualquiera otro.»

§. 44. Hallamos en Ulpiano (Fragm. XXIX, §. 3.) el complemento del sentido de nuestro párrafo: «Lex Papia Poppaea postea libertas quattuor liberorum jure tutela patronorum liberavit: et cum intulerit, jam posse eas

sine auctoritate patronorum testari, PROSPEXIT UT PRO NUMERO LIBERORUM LIBERTAE SUPERSTITUM VIRILIS PARS PATRONO DEBEATUR,» por donde se vé que en todo caso y aun en concurrencia con los descendientes, el patrono tenia siempre derecho á una porcion igual (*virilis*) de la herencia.

§. 45. Parece que Gayo dice en este lugar que lo establecido respecto del patrono debe entenderse tambien respecto de sus hijos, pero de tal manera que el mas próximo escluya siempre al mas remoto.

§. 46. Por la ley de las Doce Tablas no habia distincion ninguna respecto á la hija del patrono; mas la ley Papia ordenaba que cuando aquella tuviese el *jus trium liberorum*, obtuviese la posesion de los bienes por mitad *contra tabulas*, ó bien contra el hijo adoptivo, la esposa ó la nuera en caso de *abintestato*. Véase á Ulpiano, Fragm. XXIX, §. 5 y sig.

§. 48. Sententia, quantum intelligere possum, haec est: extraneos patroni heredes in bonis liberti nihil juris habere. *Goeschen.*

§. 53. Sorprende que la hija de la patrona tuviese en este caso mas derechos que la patrona misma; esta última en efecto debia tener muchos descendientes (véase el §. 50) en tanto que á su hija le bastaba uno solo.

§. 66. *in fine.* Loci sententiam hanc esse puto: bona Latini ad liberos manumissori ex disparibus partibus succedentes, nullo extraneo herede interveniente, non pro virilibus, sed pro hereditariis partibus pertinere. *Goeschen.*

§. 77. En virtud de la ley de las Doce Tablas no tenia el acreedor, caso de retardarse el pago, otro derecho que el de apoderarse del deudor sin poder dirigirse contra sus bienes. (*Véase* á Niebuhr, *Historia romana*, vol. II, pag. 311 y sig.) En efecto, la ley de las Doce Tablas concedia al deudor, despues de un juicio, treinta dias para procurarse los medios de pagar; y cuando en todo este plazo no lo habia hecho, se le abandonaba por sesenta dias en manos del acreedor, quien le cargaba de cadenas de veinte y cinco libras de peso al menos. Despues se le llevaba ante el consejo durante tres dias de feria (*nundinae*), para que se librase él mismo ó lo librase algun otro. Y si aun despues de todos estos plazos no habia satisfecho la deuda, podia el acreedor hacerle morir ó venderle mas allá del Tiber. (*Véase* Aulo-Gelio, *Noc. attic.*, lib. 20, c. 1.) Resulta de muchos pasajes de Ciceron (pro Quinctio, cap. 8, cap. 19.) que el pretor fué quien introdujo para los acreedores el derecho de apoderarse de los bienes de los deudores, lo que se verificaba por una *bonorum venditio*. Sin embargo, aun parece que los acreedores podian apoderarse de la persona del deudor, cuando no bastaban los bienes de este á estinguir la deuda, hasta que la ley Julia abrogó tan inhumano derecho (*véase* L. 4, C. *qui bonis* 7, 71) instituyendo la *cessio bonorum*.

§. 80. *Véase* á Theophil. párrafos 11, 12. pr.—Varron, *de re rustica*, lib. 11, cap. 10, §. 4, dice que la *bonorum emptio* es tambien un medio de adquirir el dominio quiritario, lo que niega Gayo al parecer en el presente párrafo. Pero es de presumir que se encontrarían escepciones en este mismo pasaje y en seguida de las palabras *interdum quidem bonorum emptoribus*. Esta opinion parece tambien confirmada por el §. 35 del Comentario IV, en el cual, despues de haber dicho Gayo que el *bonorum emptor ficto herede agit*, añade: *Set interdum et alio modo agere po-*

test, *etc.*, etc. Porque á la manera que el *bonorum emptor* tenia dos acciones, la una pretoria y directa la otra, del mismo modo podia tener dos dominios, el bonitario desde luego y despues el quiritario, por cuanto puede reivindicar á nombre del dueño anterior.

Como Gayo no se ocupa de la sucesion *per universitatem*, llamada *addictio bonorum libertatis causa*, la cual se introdujo por Marco Aurelio, podemos concluir que Gayo compuso sus Institutas bajo el reinado de Antonino Pio, ó á lo mas en los primeros años del de Marco Aurelio.

§. 88. Gans en su tratado de las obligaciones, impreso en Heidelberg en 1819, ha desechado la division de las obligaciones en obligaciones *ex contractu*, *ex delictis* et *ex variis causarum figuris*, sustituyéndole la de *actiones stricti juris*, *et bonae fidei*. En sus escolios sobre Gayo cita en apoyo de esta opinion el Coment. III, §. 137. el Coment. IV, §. 61. 53 *in fine*, el Coment. II, §. 204, el Coment. III, §. §. 98. 19. 48. 51. 45. 143. y el §. 1. *de locat. et conduct.* III. 25.

§. 90. *in fine*. A Cujacio no le parece que está bien establecida esta etimología.

§. 93. Antes del descubrimiento de Gayo se ignoraba que la fórmula de estipulacion DABI SPONDES? SPONDEO era peculiar de los ciudadanos romanos y no podia espresarse mas que en latin.

§. 97. Quae in Epit. antecedunt, partim ad fidejussionem pertinent, de qua inferius videbimus, partim ad eas verborum obligationes, quae nulla praecedente interrogatione contrahuntur. De his ita exponunt Epitomatores: §. 3. *Sunt et aliae obligationes, quae nulla praecedente interrogatione contrahi possunt, id est, ut si mulier, sive sponso uxor futura, sive jam marito dotem dicat. Quod tam de mobilibus rebus, quam de fundis fieri potest. Et non solum in hac obligatione ipsa mulier obligatur, sed et pater ejus, et debitor ipsius mulieris, si pecuniam, quam illi debebat, sponso creditricis ipse debitor in dotem dixerit. Hae tantum tres personae, nulla interrogatione praecedente, possunt dictione dotis legitime obligari. Aliae vero personae si pro muliere dotem uiro promiserint, communi jure obligari debent, id est, ut et interrogata respondeant, et stipulata promittant.* §. 4. *Item et alio casu, uno loquente et sine interrogatione alii promittente, contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum, aut munus, aut operas se daturum esse juravit: in qua re supradicti liberti non tam verborum sollemnitate, quam jurisjurandi religione retinentur. Sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest.*

§. 104. *in fine*. Haec eo pertinent, quod servi non solum ipsi domino, cujus in potestate sunt, obligari non possunt, sed ne alii quidem ulli. An autem de iis, qui in mancipio erant, idem juris fuerit, quaeritur. *Goeschen.*

§. 110. Festo y Ciceron nos habian ya hecho conocer la palabra *adstipulator*, pero se ignoraba su sentido.

§. 115. Los *sponsores*, *fidepromissores*, y los *fidejussores* eran tambien conocidos en cuanto al nombre antes del descubrimiento de Gayo.

§. 122. . . . . . . *Lex Apuleia non pertinet.* Gajus primo de sponso-

ribus et fidepromissoribus disputat, docetque, legis Apulejae beneficium etiam post legem Furiam latam extra Italiam superesse, cum lex Furia tantum in Italia, lex Apuleja autem in ceteris quoque regionibus obtineat: deinde ad fidejussores transit: in quo talibus fortasse verbis usus est: *Alia sane est fidejussorum condicio; nam ad hos lex* Apuleia non pertinet. *Goeschen.*

§. 123. Ha habidó dos opiniones sobre la forma del contrato literal (*litteris*). Creian unos que solo consistia en un acto acompañado de palabras solemnes, segun Teofilo (ad pr. Inst. *de litter. oblig.*); y otros pensaban que era una convencion consignada primeramente en los registros domésticos y despues en los de los *Argentarii.* Tal es la opinion de Savigni, Allmendingen, Unterholzner y Erb., quienes citan en su apoyo á Ciceron *in Verrem*, lib. I. c. 36 y 39.—*ad Atticum*, IV, 18.—*pro Roscio comœdo*, c. 5.—*de officiis*, lib. III, c. 14; y á Séneca, *de beneficiis*, lib. III, c. 15. *Véase* ahora á Gayo desde el §. 128 hasta el 135, y se encontrará justificada la última opinion. *Véase* tambien la *disputatio de nominum obligatione* de Ant. Zach. Hanlo. Amsteld. 1825.

«Parece, dice M. Ducaurroy, que antiquísimamente se servian en Roma de los registros domésticos, esto es, de una especie de cuentas corrientes, en las cuales inscribia el padre de familia, bajo el nombre de aquellos con quienes estaba en relacion, el *haber* (*acceptum*) y el *debe* (*expensum*) de cada uno. Todavía en tiempo de Gayo se usaba esta especie de escritura, y lo que se anotaba en el *debe* (*expensum*) de un individuo, constituia entre las mismas personas, ó por intervencion de un nuevo deudor, una obligacion nueva que se formaba *nominibus transcripticiis*, y servia para efectuar la *renovacion* (*novatio*).»

§. 173. Antes de Gayo era ya conocida la *solutio per aes et libram*. Véase á Tit. Liv., lib. 6, cap. 14; y á Ciceron, *de legibus*, II, cap. 20. 21.

§. 180. ¿Pero en qué época del procedimiento comienza la *litis contestatio*? Véanse sobre esta cuestion las Instit. esplic. de M. Ducaurroy, t. III, pag. 104.

Festus ait litigantes *contestari litem dici*, quum ordinato judicio utraque pars dicere solet: Testes estote. De *litis contestatione.* Vid. inprimis *Car. Gfr.* de Winckler diss. *discrimen inter litis contestatationem jure veteri ac hodierno et utriusque effectus.* (*Lips.* 1751. 4.) *Sect.* I. II. *in opusc. min.* Vol. 1. p. 295.—351. et *Carl. Leop. Goldschmidt Ueber Litis contestation und Einreden* (*Frahnf. a. m.* 1812. 8.) *abschn.* I. §. 2. p. 5—14, et §. 4. p. 25. sq.

§. 182 y siguientes. Véase sobre toda esta materia la luminosa disertacion de M. Lebois des Guays, abogado en otro tiempo en la Real Audiencia (*a la Cour royale*) y magistrado hoy, pero siempre consocio nuestro en la sociedad de derecho romano. Thémis, t. VIII, parte 1.ª, entrega 2.ª Encuéntranse en esta disertacion entre otras cosas algunas observaciones sobre un cambio notable hecho en el testo de nuestro autor por la segunda edicion de Berlin. Véase la nota del §. 193.

§. 189. *Addicere*, id est, adjudicare. *Addicere* καταδικάζειν, Praetor adhuc dicebatur, quando debitorem tradebat creditori, ut in eum et vitæ et necis haberet potestatem, cum solvendo non esset. Unde *addicti*, καταδίκι-

καταμενοι. Est enim unum ex tribus verbis prætoriis, quæ sunt hæc: do, dico, abdico.

§. 192. Festus, sub voce *Lance*: «LANCE et LICIO *dicebatur apud antiquos; quia qui furtum ibat quærere in domo aliena,* LICIO *cinctus intrabat,* LANCEMque *ante oculos tenebat propter matrumfamilias, aut virginum, presentiam.*

Laox dicitur a Græco λαγων *cavitas.*

Nudos autem rem furtivam quærere Romanos consuevisse, nunc novo testimonio *Glosæ Institutionum Turinensis* vetutissimæ confirmatur, cuius num. 466 hæc habet: «*Ita enim fiebat, ut is, qui in alienam domum introibat ad requirendam rem furtivam nudus ingrediebatur discum fictile in capite portans, utrisque manibus detentus.*» Quod antiquitatis monumentum debetur beneficio SAVIGNII. Haubold, Epicr. *Hein. Antiq.*

§. 193. ERRATUM: En lugar de *nam qui uestitum*, léase: nam quem uestitum, etc.; y en lugar de *is et nudum quaerere*, léase: *is et nudus*, etc.

La segunda edicion de Gayo ofrece en este pasaje un cambio bastante considerable. En lugar del testo que hemos dado y acabamos de corregir, se encuentra este otro: *Nam qui vestitum quaerere prohibet, is et nudum quaerere prohibiturus est.*

«Debe creerse, dice M. Lebois des Guays, que el manuscrito no está muy legible cuando la primera edicion nos ofrece desde luego una lectura muy diferente; pero por otra parte presumimos que para dar un sentido racional á la frase *nam quem*, etc., se ha buscado en el manuscrito lo que probablemente no hay en él. En efecto, segun las mismas notas de la nueva edicion, el *palimpsesto* trae *prohibitus e*, y no *prohibiturus*: ahora bien, esta es precisamente la palabra que determina el sentido de la nueva frase. Pero admitiendo este cambio, ¿se hace el pasaje mas inteligible? Paréceme que por huir de un escollo se ha caido en otro mayor. Se hace decir al jurisconsulto que la ley es ridícula, porque el que se opone á la investigacion sencilla, se opondrá mas fuertemente aun á la inquisicion *per lancem*, y con tanta mas razon cuanto que se castiga con mayor severidad el hurto descubierto de esta manera. Pero entonces se pone mas en ridículo al jurisconsulto que lo está la ley misma que critica: ¿por qué oponerse, en efecto, mas á la una investigacion que á la otra? Si ninguna de las dos es forzosa, jamás se descubrirá el hurto no manifiesto, toda vez que podrá el culpable no abrir su casa. Lejos de Gayo esta sinrazon, pues si la ley hubiese permitido el oponerse á la pesquisa *per lancem*, no la hubiera él tachado de ridícula sino de absurda; y sobre este punto no puede recaer su crítica. Despues de haber hablado de la pesquisa *per lancem* y definido el *linteum*, es cuando añade: *quare lex tota ridicula est*; la palabra *quare* hace ver que la crítica recae sobre lo que acaba de decir, sobre lo que precede inmediatamente y no sobre las dos pesquisas: el resto del párrafo, consagrado á desarrollar la censura del jurisconsulto, indica aun mejor su objeto. La ley, dice Gayo, quiere que el que hace la pesquisa esté desnudo, y ordena al mismo tiempo que esté vestido: hé aquí la crítica del *linteum* y despues viene la del *lancem*, si bien es verdad que la primera peca de minuciosa, al paso que la segunda parece mejor fundada. Si pues acusa Gayo de ridícula la ley, es porque hubiera debido fijar con mas exactitud

una especie de pesquisa que sometia al culpable á una pena mas grave, *eo magis*, etc. Se hubiera podido estar por lo tanto á lo que dice la primera edicion.

§. 199. Es hoy dia una cuestion el saber cuál era la condicion del individuo *judicatus* ó *adjudicatus*, y si se diferenciaba su suerte de la de los esclavos.

§. 210. Pecus autem, dice Varron, eo dicitur quod perpascat.

Quadrupedes enim sunt, quæ dorso et collo domantur, id est, quæ sarcinas vehunt et trahunt. Ulp. fragm. XIX, §. 1.

En cuanto á la ley Aquilia, sabemos por Ulpiano (L. I. §. 1. ff. ad leg. Aquil.) que solo era un plebiscito, *quum eam Aquillius, tribunus plebis, a plebe rogaverit*. Las tablas de Haubold la colocan en el año 468 de Roma.

FIN DE LAS NOTAS DEL TERCER COMENTARIO.

GAII

INSTITVTIONVM.

COMMENTARIVS QVARTVS.

LA INSTITUTA

DE GAYO.

COMENTARIO CUARTO.

GAII

INSTITVTIONVM

COMMENTARIVS QVARTVS.

———— ———— ———— ———— §. 1. quot genera actionum sint, uerius uidetur, duo esse: in rem, et in personam. nam qui IIII esse dixerunt ex sponsionum generibus, non animaduerterunt, quasdam species actionum inter genera se rettulisse. §. 2. In personam actio est, quotiens cum aliquo agimus, qui nobis uel ex contractu, uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus, dare, facere, praestare oportere. §. 3. In *rem* actio est, cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, **aut i**us aliquod nobis competere, uelut utend*i*, *aut* utendi fruend*i, eu*ndi, agendi, aquamue ducendi, uel altius tollendi, **uel pr**ospiciendi. item actio ex diuerso aduersario est nega*ti*ua. §. 4. Sic itaque discretis actionibus certum est, **non pos**se nos rem nostram ab alio ita petere: SI PARET EUM DARE

§. §. 1, 2. Conf. 1. I. de act.
§. 3. Conf. §. §. 1. 2. I. de act.
§. 4. §. 14. I. de act. *nec enim — dari potest*. Conf. supra Commentar. III. §. 99.

LA INSTITUTA DE GAYO.

COMENTARIO CUARTO.

DE LAS ACCIONES.

TITULO PRIMERO.

De la division de las acciones.

§. 1. La division mas exacta de las acciones es en dos géneros; acciones reales y acciones personales. Los autores que conforme á la division de las estipulaciones (*ex sponsionum generibus*) han admitido cuatro, no echaron de ver que tomaban por géneros algunas de las especies comprendidas en ellos.

§. 2. La accion es personal cuando la ejercitamos contra alguno que nos está obligado por razon de un contrato ó de un delito, esto es, cuando sostenemos en juicio que una persona está obligada á dar, hacer ó *prestar* alguna cosa.

§. 3. Y es real la accion cuando pretendemos que una cosa corporal nos pertenece, ó que nos compete alguna servidumbre como la de uso, usufruto, senda (*jus eundi*), carril (*jus agendi*), acueducto, edificar mas alto ó la de vistas. En todos estos casos compete tambien á nuestro adversario la accion negatoria.

§. 4. Establecida de este modo la division de las acciones, es claro que para reclamar una cosa de nuestra pertenencia, no podemos usar de la formula: SI APARECE PROBADO QUE TIENE OBLIGACION DE DAR (SI PARET EUM DARE OPORTERE); por-

OPORTERE. nec enim, quod nostrum est, nobis dari potest: cum solum id dari nobis intellegatur, quod (*ita datur*, *ut*) nostrum fiat; nec res, quae nostra (*est*), amplius (*nostra*) fieri potest. plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli, rei recipiendae nomine fures ex hac actione etiam teneantur: SI PARET EOS DARE OPORTERE: quamuis sit etiam aduersus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus. §. 5. Appellantur autem in rem quidem actiones uindicationes, in personam uero actiones, quibus dar*i* fieriue oportere intendimus, condictiones.

§. 6. Agimus autem interdum, ut rem tantum consequamur; interdum ut poenam tantum; alias ut rem et poenam. §. 7. Rem tantum persequimur; uelut actionibus ex contractu agimus. §. 8. Poenam tantum consequimur uelut ac*ti*one furti, et iniuriarum, et secundum quorumdam opinionem actione ui bonorum raptorum: nam ipsius rei et uindicatio et condictio nobis competit. §. 9. Rem uero et poenam persequimur uelut ex his causis, ex quibus aduersus infitiantem in duplum agimus: quod accidit per actionem iudicat*i*, depensi, damni in*iur*iae — — — — *rerum* legat*a*rum nomine, quae per damnationem cert*ae* relicta*e* sunt.

§. 10. Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur; quaedam sua ui ac potestate constant. quod ut manifestum fiat, opus est, ut prius de legis actionibus loquamur.

§. 11. Actiones, quas in usu ueteres habuerunt, legis actiones appellabantur, uel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta Praetoris, quibus complur*e*s actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur; uel ideo quia ipsarum legum uerbis accomodatae erant, et ideo immutabiles proinde atque leges obserua*ba*ntur. unde eum, qui de ui*t*ibus succisis ita egisset, ut in actione uites nominaret, responsum est, rem perdi-

§. 5. §. 15. I. de act. *in personam uero* etc. Conf. infra §. 18.
§. 6. Conf. §. 16. I. de act.
§. 7. Conf. §. 17. I. de act.
§. 8. Conf. §. 18. I. de act. *et secundum quorundam — raptorum*. Conf. pr. I. de bon. vi rapt. et §. 19. I. de act.
§. 9. Conf. cit. §. 19. I. de act. *ex his causis* etc. Conf. infra §. 171. item Paulus, Sent. recept. I, 19, §. 1. ubi pro *depensi* male *depositi* legendum esse putaverunt Cujacius et qui eum secuti sunt. *iudicati*. Conf. Cicero, pro Flacco, cap. 21. *depensi*. Conf. supra Commentar. III. §. 127. *damni iniuriae*. Conf. supra Commentar. III. §. 216. item §. ult. I. de obligat. quasi ex contractu et §. §. 23. 26. I. de act. *legatarum* etc. Conf. supra Commentar. II. §. 282. item citati Institutionum loci et Epitome, II, 7, §. 8.
§. 10. Conf. infra §. §. 32. 33.
§. 11. *Actiones — — proditae erant*. Conf. Pomponius, L. 2. §. 6. de orig. jur. *ea quod lex* XII *tabularum* etc. Conf. Plinius, Hist. nat. Lib. XVII, cap. I. vers. fin. Lib. XIV, cap. 1. pr. Paulus, L. 28. §. 6. de jurejur. et L. 1. 11. arbor. furtim caesar. Vlpianus, L. 3. pr. eod. Gajus, L. 2. 4. eod. (ex ipsius Commentar. ad Leg. XII Tab.)

que mal puede dársenos lo que ya es nuestro, toda vez que por dar entendemos solamente lo que se nos entrega transfiriéndonos la propiedad, y que nadie puede hacernos propietario de lo que ya nos pertenece. Pero sin duda por odio á los ladrones se ha establecido, para mas obligarlos por muchas acciones, que ademas de la pena del duplo ó del cuádruplo estén tambien sujetos, cuando se trata de recobrar una cosa robada, á la accion SI APARECE PROBADO QUE TIENEN OBLIGACION DE DAR (SI PARET EOS DARE OPORTERE), no obstante que tengamos tambien contra ellos la accion por la que reclamamos judicialmente que una cosa nos pertenece.

§. 5. Las acciones reales se llaman tambien reivindicaciones, en tanto que las personales, por las que sostenemos que otro tiene obligacion de dar ó hacer alguna cosa, reciben el nombre de condiciones.

§. 6. Unas veces entablamos las acciones limitándonos á la reclamacion de la cosa; otras veces reclamamos solamente la pena y otras por último la cosa y la pena juntamente.

§. 7. Perseguimos la cosa solamente cuando, por ejemplo, entablamos una accion dimanada de algun contrato.

§. 8. Nuestra reclamacion se limita á la pena, por ejemplo, en la accion de hurto (*furti*), ó en la de injurias (*injuriarum*), y segun quieren algunos tambien, en la accion de robo (*vi bonorum raptorum*), porque nos competen á la vez en este caso la reivindicacion y la condicion de la misma cosa.

§. 9. Por último, perseguimos á la vez la cosa y la pena en aquellos casos, por ejemplo, en que procedemos por el duplo contra la parte que niega, como acontece en las acciones llamadas de lo juzgado (*judicati*), de lo gastado (*depensi*), de daño causado contra derecho (*damni injuriæ*). . . . . y de cosas legadas por condenacion de un modo determinado.

§. 10. Ademas entre las acciones hay unas que por ficcion tienen el valor de acciones de la ley, y otras que llevan en sí mismas su fuerza y su poder. Para mayor claridad de esta materia, parécenos conveniente tratar en primer lugar de las acciones de la ley.

TITULO II.

De las acciones de la ley.

§. 11. Las acciones que usaron los antiguos, se llamaban acciones de la ley, bien porque dimanasen de las leyes, pues que entonces no existian los edictos del pretor que introdujeron otras muchas acciones, ó bien porque estando arregladas al testo mismo de las leyes, eran tan invariables y tan observadas como ellas. Así es que, supuesto el caso de que uno al reclamar sus cepas cortadas, hubiese usado en la accion la palabra cepas, han decidido los jurisconsultos (*responsum est*) que habria perdido la

disse, quia debuisset arbores nominare eo, quod lex XII tabularum, ex qua de uitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur. §. 12. Lege autem agebatur modis quinque: sacramento; per iudicis postulationem; per condictionem; per manus iniectionem; per pignoris captionem.

§. 13. Sacramenti actio generalis erat: de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur. eaque actio perinde periculosa erat ************* atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor si non debitum petat: nam qui uictus erat summam sacramenti praestabat poenae nomine; eaque in publicum cedebat, praedesque eo nomine Praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit aduersario, qui uicerit. §. 14. Poena autem sacramenti aut quingenaria erat, aut quinquagenaria. nam de rebus mile aeris plurisue quingentis assibus, de minoribus* uero* quinquaginta assibus sacramento contendebatur: nam *ita* lege XII tabularum cautum erat. sed si de libertate hominis controuersia erat, esti pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur eadem lege cautum est fauoris causa, ne satisdatione onerarentur adsertores ——— ——— ——— ——— *** istae omnes actiones *************************** ——— ——— ——— ——— *************************** captus *** *** ——— ——— ——— ——— ******** **************** §. 15. ad iudicem accipiundum uenirent. postea uero reuersis dabatur **** XXX. iudex: idque per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem ******** dabatur iudex. illud ex superioribus intellegimus, si de re minoris quam (M) aeris agebatur, quinquagenario sacramento, non quingenario eos contendere solitos fuisse. postea tamen quam iudex datus esset, comperendinum diem, ut ad iudicem uenirent, denuntiabant. deinde cum ad iudicem uenerant, antequam aput eum causam perorarent, solebant breuiter ei et quasi per indicem rem ex-

§. 12. *sacramento.* Vid. §. §. 13—17. *per condictionem.* Vid. §. §. 18—20. *per manus iniectionem.* Vid. §. §. 21—25. *per pignoris captionem.* Vid. §. §. 26—29.

§. 13. *hoc tempore — — — debitum petat.* Conf. infra §. §. 171. et 180. *nam qui uictus — — dabantur.* Conf. infra §. 16. Item Festus, sub voc. Sacramentum. Varro, de Ling. Lat. Lib. IV. (ap. Gothofred. pag. 29.) De sacramento vide etiam Isidorum, Origin. Lib. V. cap. 24.

§. 14. *Poena — — — contendebatur.* Conf. §. §. seq. 15. 16. item Festus et Varro loc. cit. nec non Valerius Probus, in litter. Q. N. T. S. Q. P. (ap. Gothofred. pag. 1476.)

§. 15. *dabatur ..... xxx. iudex.* Conf. Asconius, in Verrin. Lib. I. cap. 9. (ed. a. 1675. pag. 76.) *illud ex superioribus intellegimus.* Vid. §. 14. *postea tamen quam iudex datus esset* etc. Conf. Asconius loc. cit.

cosa reclamada, fundados en que debiera haber empleado la palabra árboles, porque la ley de las Doce Tablas, de donde en este caso procedia la accion, habla en general de árboles cortados.

§. 12. Cinco eran las especies de acciones de la ley, á saber: el depósito sagrado (*sacramentum*), la peticion de juez (*judicis postulatio*), la condicion (*condictio*), la aprehension de la persona (*manus injectio*) y la toma de prenda (*pignoris captio*).

§. 13. La accion de depósito sagrado (*sacramenti*) era general, porque se aplicaba á todos aquellos casos en que no habia otra accion establecida por la ley, y era tan arriesgada. . . . . como lo es en la actualidad la accion del dinero que se adeuda ciertamente (*certæ creditæ pecuniæ*) por causa de la estipulacion judicial (*sponsio*), á cuyas resultas se espone el reo si niega temerariamente; y de la restipulacion (*restipulatio*), cuyos riesgos corre el actor si reclama lo que no se le debe; porque el vencido en juicio prestaba á título de pena la suma depositada en manos del pontífice (*summam sacramenti*), la cual pertenecia entonces al erario, á cuyo efecto las partes daban fianza al pretor, mientras que ahora la pena de la estipulacion judicial (*sponsio*) y de la restipulacion (*restipulatio*) corresponde igualmente como ganancia á la parte que sale vencedora en el pleito.

§. 14. La pena del depósito sagrado (*sacramentum*) consistia en quinientos ases ó en cincuenta: la de quinientos tenia lugar cuando el valor de los objetos en litigio llegaba á mil ó mas ases; y la de cincuenta cuando dichos objetos eran de menos valor: así lo habia dispuesto la ley de las Doce Tablas. Pero si la controversia giraba sobre la libertad de un hombre, por mas que éste fuese de mucho precio, no exigia sin embargo la ley mas de cincuenta ases de depósito, á fin de que la caucion no fuese demasiado onerosa á los defensores (*adsertores*). . . . .

(*Hic deest pagina integra.*)

§. 15. . . . . que vendrían para recibir un juez. Las partes volvian á los treinta *dias*, y entonces se les daba un juez segun la disposicion de la ley Pinaria, porque antes de esta ley. . . . . se designaba el juez. Ya por lo dicho anteriormente se deja entender que si el valor de la cosa no llegaba á mil ases, el depósito sagrado era de cincuenta y no de quinientos. Hecha la designacion del juez, las partes señalaban el dia en que habian de concurrir al juicio, y luego que se hallaban en presencia del juez, era costumbre que antes de entrar de lleno en la defensa de su causa, le hiciese cada parte una breve y sumaria esposicion del negocio, la cual se llamaba compendio de la causa (*causæ collectio*), como si dijéramos resú-

ponere: quae dicebatur causae collectio, quasi causae suae in breue coactio. §. 16. Si in rem agebatur, mobilia quidem et mouentia, quae modo in ius adferri adduciue possent, in iure uindicabantur ad hunc modum. qui uindicabat, festucam tenebat. deinde ipsam rem apprehendebat, uelut hominem, et ita dicebat: HVNC EGO HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM MEVM ESSE AIO SECVNDVM SVAM CAVSAM, SICVT DIXI. ECCE TIBI VINDICTAM INPOSVI. et simul homini festucam inponebat. aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat. cum uterque uindicasset, Praetor dicebat: MITTITE AMBO HOMINEM. illi mittebant. qui prior uindica(*uerat, ita alterum interroga*)bat: POSTVLO, ANNE DICAS, QVA EX CAVSA VINDICAVERIS. ille respondebat. IVS PEREGI SICVT VINDICTAM INPOSVI. deinde qui prior uindicauerat, dicebat: QVANDO TV INIVRIA VINDICAVISTI, D AERIS SACRAMENTO TE PROVOCO. aduersarius quoque dicebat: SIMILITER EGO TE. ***** asses sacramenti nominabant. deinde sequebantur quaecumque (*si*) in personam ageretur. postea Praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est, interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum, id est, rei et fructuum: alios autem praedes ipse Praetor ab utroque accipiebat sacramenti, quod id in publicum cedebat. festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii; *ma*xim*e* (*enim*) sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent: unde in centumuiralibus iudiciis hasta praeponitur. §. 17. *Si* qua res talis erat, ut (*non*) sine incommodo posset in ius adferri uel adduci, uelut si columna, aut grex alicuius pecoris esset, pars aliqua inde sumebatur: deinde in eam partem, quasi in totam rem praesentem, fiebat uindicatio. itaque ex grege uel una *o*uis aut capra in ius adducebatur, uel et*iam* pilus inde sumebatur et in ius adferebatur. ex naue uero et columna aliqua pars defringebatur. similiter si de fundo, uel de aedibus, siue de hereditate controuersia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur, et in eam partem perinde atque in totam

§. 16. Conf. Gellius, Lib. XX, cap. 10. SECVNDVM — VINDICTAM INPOSVI. Conf. Valerius Probus, in litter. S. S. C. S. D. E. T. V. (ap. Gothofred. pag. 1476.) POSTVLO — VINDICAVERIS. Conf. Cicero, pro Muraena, cap. 12. VINDICTAM. Conf. Boethius, Commentar. in Topic. Cicer. Lib. I. (ad cap. 2.) QVANDO TV — — *nominabant.* Conf. supra §. 14. *deinde sequebantur — ageretur.* Conf. §. 15. *postea Praetor — — — et fructuum* Conf. infra §. §. 91. 94. item Festus, sub vocib. Vindiciae, Superstites. Cicero, in Verrem, Lib. I, cap. 45. et ad eum locum Asconius (ed. a. 1675. pag. 100.) Valerius Probus, in litter. P. P. L. V. (ap. Gothofred. pag. 1476.) *alios autem — in publicum cedebat.* Conf. supra §. 13. *festuca.* Conf. Plautus, Mil. Act. IV, sc. 1, vers. 15. Persius, Sat. V, vers. 175. *unde in centumuiralibus iudiciis* etc. Conf. Suetonius, in Octaviano, cap. 36. Martialis, Lib. VII, epigr. 63. (62), vers. 7. Statius. Silv. Lib. IV, eclog. 4, vers. 43.

§. 17. *similiter si de fundo* etc. Conf. Gellius, Lib. XX, cap. 10. Festus, sub voc. Vindiciae. Cicero pro Muraena, cap. 12.

men en pocas palabras de su causa (*quasi causæ suæ in breve coactio*).

§. 16. Si la accion era real y muebles ó semovientes los objetos sobre que versaba, de tal manera que pudiesen ser transportados ó conducidos ante el juez, entonces la reivindicacion en juicio se verificaba de este modo: el que la proponia tomaba en la mano una varilla (*festuca*), y cogiendo en seguida la cosa que era objeto del litijio, por ejemplo, un esclavo, pronunciaba estas palabras: AFIRMO QUE ESTE HOMBRE ME PERTENECE POR DERECHO QUIRITARIO SEGUN SU CONDICION (SECUNDUM SUAM CAUSAM) COMO YA HE DICHO. EN PRUEBA DE ELLO TE HE TOCADO CON ESTA VARA. Y en efecto, tocaba al mismo tiempo con la varilla al esclavo. Por su parte el adversario decia y hacia otro tanto, y luego que ambos tenian hecha la reivindicacion, decia el pretor: SOLTAD AMBOS AL ESCLAVO, y así lo hacian. El que primero habia reivindicado, preguntaba á su adversario: PIDO QUE ME DIGAS POR QUE CAUSA HAS HECHO ESTA REIVINDICACION, y éste le contestaba: AL TOCAR CON LA VARA HE EJERCITADO UN DERECHO. En seguida replicaba el primero: POR CUANTO HAS REIVINDICADO INJUSTAMENTE, TE PROVOCO A DEPOSITAR EN MANOS DEL PONTIFICE LA SUMA DE QUINIENTOS ASES; y el segundo reponia: DE LA MISMA MANERA YO TE. . . . . llamaban ases del depósito sagrado (*sacramenti*). Despues si la accion era personal, seguian algunas otras formalidades. Por último, el pretor pronunciaba la adjudicacion provisoria de la cosa en favor de uno de los contendientes (*secundum alterum eorum vindicias dicebat*), es decir, concedia interinamente la posesion de la cosa objeto del litigio á una de las partes, exigiendo de ella que diese fianza á la otra, así para responder del litigio como de la posesion (*litis et vindiciarum*), esto es, de la cosa en cuestion y de sus frutos. El pretor exigia igualmente de cada uno de los contendientes fiadores que asegurasen la suma llamada depósito sagrado (*sacramentum*), en razon á que esta suma era para el erario. La varilla (*festuca*) se usaba en representacion de la lanza, la cual era el símbolo del dominio legítimo, porque en nada creian los antiguos tener mas fuertes derechos que en las cosas cogidas al enemigo. De donde proviene la importancia que se dá á la lanza en los juicios de los centumviros.

§. 17. Cuando el objeto era de tal naturaleza que no podia ser transportado ó conducido fácilmente al lugar del juicio, como una columna, por ejemplo, ó un rebaño, entonces se tomaba solamente una parte del objeto y en ella se hacia la reivindicacion, como si todo él se hallase presente. Por lo tanto si se trataba de un rebaño, solo se llevaba al juicio una oveja ó cabra y aun á veces solo un poco de lana ó pelo de estos mismos animales; si de una nave ó de una columna, bastaba llevar un pequeño fragmento; y si de un fundo, un edificio ó una herencia se hacia la reivindicacion de la totalidad como si todo el

rem praesentem fiebat uindicatio: uelut ex fundo gleba sumebatur, et ex aedibus tegula, et si de hereditate controuersia erat, aeque ********************** quelem ******************** ———— ———— ———— ———— §. 18. Et haec quidem actio proprie *con*dictio uocabatur: nam actor aduersario denuntiabat, ut ad iudicem capiendum die xxx. adesset. nunc uero non proprie condictionem dicimus actionem in personam, (*qua*) intendimus, dari no*bis* oportere: nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit. §. 19. Haec autem legis actio constituta est per legem Siliam et Calpurniam: lege quidem Silia certae pecuniae, lege uero Calpurnia de omni certa re. §. 20. Quare autem haec actio desiderata sit, cum de eo, quod nobis dari oportet, potuerimus sacramento, aut per iudicis postulationem agere, ualde quaeritur.

§. 21. Per manus iniectionem aeque (*de*) his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur, lege a*liqua* cautum est; uelut iudicati lege xii tabularum. quae actio talis erat: qui agebat, sic dicebat: QVOD TV MIHI IVDICATVS SIVE DAMNATVS ES SESTERTIVM X MILIA, QVAE DOLO MALO NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIVM X MILIVM IVDICATI MANVS INIICIO; et simul aliquam partem corporis ejus prendebat. nec licebat iudicato manum sibi depellere, et pro se lege agere; set uindicem dabat, qui pro se causam agere solebat: qui uindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et uinciebatur. §. 22. Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectionem in quosd*a*m dederunt: sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, *si* in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non soluisset sponsori pecuniam: item lex Furia de sponsu aduersus eum, qui a sponsore plus quam uirilem partem exegisset: et denique complures aliae le*ges* in multis causis ta-

§. 18. *nam — denuntiabat*. Conf. §. 15. I. de act. *nunc* etc. cit. §. 15. I. Conf. supra §. 15.

§. 21. *Per manus iniectionem*. Conf. Servius, ad Aeneid. Lib. X, vers. 419. Vlpianus. L. 10. §. 1. de in jus voc. Paulus, L. 7. qui sine manumiss. et L. 9. de servis export. L. un. §. 4. C. de lat. libert. toll. (Iustinian.) *uelut iudicati lege* XII *tabularum* etc. Conf. Gellius, Lib. XX, cap. 1. IVDICATI MANVS. Conf. §. 24. *nec licebat — agere*. Conf. §. §. 24. 25. *set uindicem dabat*. Conf. Festus, sub voce Vindex.

§. 22. *lex Publilia* Conf. supra Commentar. III. §. 127. *lex Furia de sponsu* Conf. ibid. §. §. 121. 122.

objeto en cuestion estuviese presente, llevando solo al juicio un terron de la tierra del fundo, una teja del edificio ó un. . . . . si la controversia giraba sobre una herencia. . . . .

(*Hic tres lineæ desunt.*)

§. 18. Esta accion se llamaba con toda propiedad condicion, porque el actor intimaba á su adversario que á los treinta dias se presentase á tomar un juez. Mas hoy que ya no se hace ninguna intimacion de este género, llamamos condicion impropiamente á la accion personal, en cuya virtud sostenemos que otro está obligado á darnos alguna cosa.

§. 19. Esta accion de la ley ha sido establecida por las leyes Silia y Calpurnia: por la primera si se trata de una suma determinada de dinero, y por la segunda si de otra cualquiera cosa tambien determinada.

§. 20. Dispútase mucho sobre el motivo que ha podido dar lugar á hacer uso de esta accion, siendo así que para pedir lo que otro tiene obligacion de darnos, está en nuestra mano entablar la accion de depósito sagrado (*sacramenti*) ó la de peticion de juez.

§. 21. Era lícito usar de la accion de aprehension de la persona (*per manus injectionem agere*) en todos aquellos casos en que alguna ley habia establecido semejante manera de reclamar las cosas, por ejemplo, la ley de las Doce Tablas respecto del ya condenado anteriormente en juicio (*judicati*). Esta accion se ejercitaba del modo siguiente: el actor decia á su adversario estas palabras: POR CUANTO OBRANDO CON DOLO MALO NO ME HAS PAGADO LOS DIEZ MIL SESTERCIOS A QUE EN MI FAVOR HAS SIDO CONDENADO Ó SENTENCIADO EN JUICIO, EN SU VIRTUD ME APODERO DE TI POR AQUELLA SUMA EN FUERZA DE LO JUZGADO; y al mismo tiempo cogia por alguna parte del cuerpo á su adversario, á quien no era lícito desasirse ni entablar por sí ninguna accion de la ley; pero presentaba un libertador (*vindex*) que solia actuar por él en juicio; sin embargo, el que no lo presentaba, era conducido por el actor á su casa y aprisionado con cadenas.

§. 22. Posteriormente permitieron algunas leyes la aprehension de la persona (*manus injectio*) en fuerza de lo juzgado (*pro judicato*) para varios otros casos. Así, por ejemplo, la ley Publilia concedió este medio contra aquel, cuyo *sponsor* hubiese pagado por él, sin conseguir el reintegro en el término de los seis primeros meses posteriores al desembolso. Tambien la ley Furia de *sponsu* (fianza) concede esta accion contra aquel que hubiere exigido de un *sponsor* mas de su parte viril; y por último, otras muchas leyes permitieron hacer uso de la aprehension de la persona en multitud de casos.

lem actionem dederunt. §. 23. Set aliae leges ex quibusdam *causis* constituerunt quasdam actiones per manus iniectionem, sed puram, id est, non pro iudicato: uelut le*x* (*Furia*) testamentaria aduers*us* *e*um, qui legatorum nomine mortisue causa plus M assibus cepisset, cum ea lege non esset exceptus, ut ei plus capere liceret: item lex Marcia aduersus feneratores, ut si uxuras exegissent, de his reddendis per manus iniectionem cum eis ageretur. §. 24. Ex quibus legibus, et si quae aliae similes essent, cum agebatur, manum sibi depellere et pro se lege agere (*licebat*). nam et actor in ipsa legis actione non adiiciebat hoc uerbum PRO IVDICATO, sed nominata causa, ex qua agebat, ita adiiciebat: OB EAM REM EGO TIBI MANVM INIICIO: cum hi, quibus pro iudicato actio data erat, nominata causa, ex qua agebant, ita inferebant: OB EAM REM EGO TIBI PRO IVDICATO MANVM INIICIO. nec me praeterit, in forma legis Furiae testamentariae PRO IVDICATO uerbum inseri, cum in ipsa lege non sit: quod uidetur nulla ratione factum. §. 25. Sed postea lege ******, excepto iudicato et eo, pro quo depensum est, ceteris omnibus, cum quibus per manus iniectionem agebatur, permissum est, sibi manum depellere et pro se agere. itaque iudicatus et is, pro quo depensum est, etiam post hanc legem uindicem dare debebant: et nisi darent, domum ducebantur. itaque quamdiu legis actiones in usu erant, semper ita obseruabatur: unde nostris temporibus is, cum quo iudicati depensiue agitur, iudicat*um* solui satisdare cogitur.

§. 26. Per pignoris capionem lege agebatur de quibusdam rebus moribus, (*de quibusdam*) lege. §. 27. Introducta est moribus rei militaris. nam propter stipendium *l*icebat militi, ab eo, qui distr*ib*uebat, nisi daret, pignus capere: dicebatur autem ea pecunia, quae stipendii nomine dabatur, aes militare. item propter eam pecuniam licebat pignus capere, ex qua e*quu*s emendus erat: quae pecunia dicebatur aes equestre. item prop-

§. 23. *lex Furia testamentaria — — — liceret.* Conf. §. 24. item supra Commentar. II, §. 225. Lex *Marcia* anno urbis 402. assignanda videtur, ob locum Livii, Lib. VII, cap. 21. Haub.

§. 24. Conf. §. §. 21. 25.

§. 25. Conf. supra §. §. 21. 22. *unde nostris temporibus* etc. Conf. infra §. 102.

§. 27. *nam propter stipendium — — — aes militare.* Conf. Gellius, Lib. VII, cap. 10. *aes equestre.* Conf. Festus, sub voc. Equestre aes. *aes hordiarium.* Conf. Idem, sub voc. Hordiarium aes.

§. 23. Diferentes otras leyes establecieron tambien en ciertos casos esta misma accion, si bien de una manera pura y simple, es decir, no en fuerza de lo juzgado (*pro judicato*). Tal es, por ejemplo, la ley Furia testamentaria que concede la accion de que se trata, contra aquel que recibiere á título de legados ó por causa de muerte mas de mil ases, no siendo de aquellas personas esceptuadas en la misma ley á quienes se permite que perciban mayor cantidad. Tal es tambien la ley Marcia, que concede la misma accion contra los usureros para que devuelvan las usuras exigidas.

§. 24. Cuando el actor entablaba la accion en virtud de estas leyes ú otras semejantes, podia su adversario resistir la aprehension de la persona (*manus injectio*) y hacer por sí mismo su defensa, pues el actor no usaba en estos casos las palabras *pro judicato* (en fuerza de lo juzgado), y solo añadia despues de espresar el título constitutivo de su accion lo siguiente: EN SU VIRTUD ME APODERO DE TI; mientras que por el contrario cuando se procedia en fuerza de lo juzgado (*pro judicato*) se añadian despues del título las siguientes palabras: POR TANTO ME APODERO DE TI EN FUERZA DE LO JUZGADO (*pro judicato*). No ignoro, sin embargo, que en la fórmula deducida de la ley Furia testamentaria se inserta la palabra PRO JUDICATO, á pesar de no encontrarse en la ley; pero no creemos que haya razon ninguna para hacerlo.

§. 25. Mas posteriormente la ley. . . . . esceptuando el caso en que se procede en fuerza de lo juzgado (*pro judicato*) y aquel en que el *sponsor* no ha sido reintegrado, permitió en todos los demas á las personas contra quienes se entablaba la aprehension de la persona (*manus injectio*) que pudieran rechazarla y defenderse por sí mismos. Por lo tanto el condenado en juicio (*judicatus*) y aquel por quien pagaba el *sponsor*, debian presentar un libertador (*vindex*) aun despues de publicada esta ley, y si no lo presentaban, podia el actor conducirlos á su casa. Así es que mientras duraron las acciones de la ley, se observó siempre esta regla, y aun en nuestros dias se obliga al condenado en juicio y al que no reintegra á su *sponsor*, á dar fianza de pagar lo juzgado (*judicatum solvi*).

§. 26. Las acciones de la ley por toma de prenda (*per pignoris captionem*) nacian en ciertos casos de la costumbre y en ciertos de la ley.

§. 27. Se introdujeron por la costumbre en los asuntos militares, porque era lícito al soldado que no recibia su estipendio, apoderarse de una prenda perteneciente al encargado en su distribucion. El dinero que se entregaba á los soldados como estipendio ó sueldo, tenia el nombre de *æs militare*. Tambien podia el soldado apoderarse de una prenda, cuando no se le entregaba el dinero que debia recibir para la compra de un caballo; dinero que se llamaba *æs equestre*; y por último, cuando no se

ter eam pecuniam, ex qua hordeum equis erat comparandum: quae pecunia dicebatur aes hordiarium. §. 28. Lege autem introducta est pignoris capio uelut lege XII tabularum aduersus eum, qui hostiam emisset, nec pretium redderet: item aduersus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in da*p*em, id est, in sacrificium inpenderet. item lege ************ data est pignoris captio publicanis uectigal*ium* p*ub*licorum populi Romani aduersus eos, qui aliqua lege *uectig*ali*a* deberent. §. 29. Ex omnibus autem istis causis certis uerbis pignus capiebatur; et ob id plerisque placebat, hanc quoque actionem legis actionem esse. quibusdam autem (*non*) placebat: primum quod pignoris captio extra ius peragebatur, id est, non aput Praetorem, plerumque etiam absente aduersario, cum alioquin (*aliquis*) ceteris actionibus non aliter uti possit, quam aput Praetorem, praesente aduersario: praeterea nefa*s*to quoque d*ie*, id est, quo non licebat lege agere, pignus capi poterat.

§. 30. Set istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt. namque ex nimia subtilitate ueterum, qui tunc iura condiderunt, eo res perducta est, ut uel qui minimum errasset, *l*it*em* perderet. itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones, effectumque est, ut per concepta uerba, id est, per formulas litigaremus. §. 31. Tantum ex duabus causis permissum est lege agere: damni infecti, et si centumuirale iudicium fit *** ********** cum ad *c*entumuiros itur, ante lege agitur *s*acramento aput Praetorem urbanum uel peregrinum. propter damn*um* uero infect*um* nemo uult lege agere; set potius st*ip*ula*tione*, quae in edicto proposita est, obligat aduersarium ******** quod *et* commodius ius **et** p*l*enius est. per pignoris ——————— ——————— ——————— ———————

§. 28. *item lege — publicanis.* Conf. Cicero, in Verrem, Lib. III, cap. 11.
§. 29. *nefasto — agere.* Conf. Varro, de Ling. Lat. Lib. V. (ap. Gothofred. pag. 35.) et Ovidius, Fastor. Lib. I, vers. 47. 48.
§. 30. *namque — — litem perderet.* Conf. supra §. 11. *per legem Aebutiam.* Conf. Gellius, Lib. XVI, cap. 10.
§. 31. *si centumuirale iudicium — — peregrinum.* Conf. infra §. 95. item Gellius, loc. cit. Cicero, pro Cæcina, cap. 33. Oratio pro domo, cap. 29.

le daba para comprar la cebada que habia de servir de alimento á los caballos; cuyo dinero se llamaba *æs hordiarium.*

§. 28. La toma de prenda se introdujo por la ley en ciertos casos, como, v. gr., por la ley de las Doce Tablas contra aquel que habiendo comprado una víctima ó res para el sacrificio, no pagaba su precio, é igualmente contra el que habiendo alquilado una caballería, no pagaba el precio del alquiler, con tal que este se hubiese destinado desde luego á un sacrificio. De la misma manera concedió tambien la ley. . . . . la toma de prenda á los encargados de recaudar los impuestos del pueblo romano contra aquellas personas que por cualquier causa estuviesen en descubierto.

§. 29. En todos estos casos se hacia uso de ciertas palabras al tomar la prenda, por donde muchos querían que esta accion fuese una accion de la ley; pero otros sostenian lo contrario fundándose en que la toma de prenda se efectuaba estrajudicialmente, es decir, no por ante el pretor, y aun muchas veces sin que estuviese presente el adversario, al paso que las demas acciones de la ley no podian ejercitarse sino en presencia de este y por ante el pretor; y ademas en que la prenda podia tomarse tambien en los dias nefastos, durante los cuales no era lícito entablar las acciones de la ley.

§. 30. Empero todas estas acciones de la ley llegaron poco á poco á hacerse insoportables, porque resultaba de la escesiva sutileza con que redactaron las leyes los antiguos legisladores, que el mas ligero error en la manera de entablar y proseguir la accion, podia acarrear la pérdida del pleito. Por tanto estas acciones fueron abolidas por la ley Æbucia y las dos leyes Julias, estableciendo que en adelante se procediese en los litigios por ciertas y determinadas palabras (*per concepta verba*), es decir, por medio de fórmulas.

§. 31. Solo en dos casos se permitió hacer uso de las acciones de la ley, y son cuando se teme que sobrevenga algun daño (*damni infecti*), y cuando el juicio se hace por los centumviros. . . . . pues en este último caso hay que entablar primeramente ante el pretor urbano ó el extranjero la accion de la ley llamada depósito sagrado (*sacramentum*). Mas en el primer caso, es decir, cuando se teme el daño, nadie quiere proceder por las acciones de la ley, sino mas bien por la estipulacion propuesta en el edicto, con la cual obliga á su adversario. . . . . y es una manera mas espedita y eficaz de proceder.

(*Hic deest pagina integra.*)

§. 32. apparet ** in ea forma, quae publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is, a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur. §. 33. Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur. siue enim pecuniam, siue rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus, nec ullam adiungimus condictionis fictionem. itaque simul intellegimus, eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dar*i* oportere intendimus, sua ui ac potestate ualere. eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.

§. 34. Habemu*s* ad*h*uc alterius generis fictiones *i*n quibusdam formulis: uelut cum is, *q*ui ex *edicto* bonorum possessionem pe*tiit*, ficto se herede agit. cum enim praetorio iure e*t* non legiti*mo* succedat in locum defuncti, non habet dire*cta*s actiones, et neque id, quod defuncti fuit, potest intendere suum e**sse*, *neque id*, *quod defunct*o* *de*bebatur, potest intendere *dari sibi* oportere: i*t*aque *ficto* se herede intendit, uelu*ti hoc* m*odo*: IVDEX ESTO. SI AVLVS AGERIVS, id est, ipse actor, LVCII TITII HERES ESSET, TVM SI EVM FVNDVM DE QUO AGITVR, EX IVRE QVIRITIVM EIVS ESSE OPORTERET; *uel*, *si in personam agatur*, *praeposita* simili *fictione*, formula ita subiicitur: TVM SI PARET NVMERIVM NEGIDIVM AVLO (AGERIO) SESTERTIVM X MILIA DARE OPORTERE. §. 35. Similiter et bonorum emptor ficto se herede agit. set interdum et alio modo agere solet. nam ex persona eius, cuius bona emerit, sumpta intentione, conuertit condemnationem in suam personam, id est, ut quod illius esset, uel illi dar*i* oporteret, eo nomine aduersarius huic condemnetur: quae specie*s*

§. §. 32. 33. Conf. supra §. 10. *siue enim pecuniam — petamus*. Conf. supra §. 19.

§. 34. Conf. supra Commentar. III. §. 32. et loc. ibi alleg. item Theophilus, III, 9, §. 2.

§. 35. Conf. supra Commentar. III. §. §. 80. 81. item Theophilus, loc. ibi alleg. (III, 12, pr.) De Publio Rutilio Praetore conf. L. 1. §. 1. de bon. libertor.

TITULO III.

Del uso de las ficciones tanto en aquellas acciones que tienen ficticiamente el valor de las acciones de la ley, como en otras varias fórmulas.

§. 32. . . . . así es como el cobrador de los impuestos (*publicanus*), en la fórmula que se le habia concedido, obtenia por una ficcion que se condenase al deudor en una suma igual á la que el mismo cobrador habria obtenido en otro tiempo por la toma de prenda.

§. 33. Con todo no hay ninguna fórmula que imite ó simule la condicion por medio de las ficciones, porque ora sea que reclamemos una suma cierta de dinero ó cualquiera otra cosa determinada que se nos deba, sostenemos simplemente que hay obligacion de entregárnosla, y no empleamos ninguna ficcion de condicion. Por donde debemos inferir que las fórmulas, por cuyo medio sostenemos que alguna persona tiene obligacion de darnos cierta suma de dinero ó cualquiera otra cosa, son de las que llevan en sí mismas su fuerza y valor. De la misma naturaleza son las acciones de comodato (*commodati*), de fiducia (*fiduciæ*), de negocios agenciados (*negotiorum gestorum*) y otras innumerables.

§. 34. En ciertas fórmulas empleamos tambien ficciones de otra especie, v. gr., cuando aquel que en virtud del edicto obtuvo la posesion de bienes, entabla y prosigue sus acciones con la cualidad ficticia de heredero, pues sucediendo al difunto por derecho pretorio y no por la ley, no puede entablar acciones directas ni sostener por consiguiente que es de su propiedad lo que perteneció al difunto, ó que hay obligacion de darle lo que á este se debia. Por lo tanto se apoya en su finjida cualidad de heredero en esta forma: SÉ JUEZ. SI AULO AGERIO, esto es, el mismo actor, FUESE HEREDERO DE LUCIO TICIO Y POR CONSIGUIENTE SI EL FUNDO DE QUE SE TRATA LE PERTENECIESE POR DERECHO QUIRITARIO, ó bien si la accion es personal, se varía la fórmula despues de haber hecho uso de una ficcion semejante en estos términos: Y SI ENTONCES APARECE PROBADO QUE NUMERIO NEGIDIO TIENE OBLIGACION DE DAR DIEZ MIL SESTERCIOS A AULO AGERIO.

§. 35. De la misma manera puede el comprador de los bienes obrar por ficcion como tal heredero. Bien es verdad que á veces suele tambien proseguir su accion de muy distinto modo, porque haciendo la demanda á nombre de aquel cuyos eran los bienes vendidos, cambia la condenacion en favor suyo, esto es, pide que su adversario sea condenado á entregarle cuanto como

actionis appellatur Rutiliana, qui a Praetore Publio Rutilio, qui et bonorum uenditionem introduxisse dicitur, comparata est. superior autem species actionis, qua ficto se herede bonorum emptor *agit*, Seruiana uocatur. §. 36. (*Eiusdem generis est Publiciana actio*). datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit: eamque amissa possessione petit. nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita quasi ex iure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo: IVDEX ESTO. SI QVEM HOMINEM AVLVS AGERIVS EMIT ** EI TRADITVS EST, ANNO POSSEDISSET, TVM SI EVM HOMINEM, DE QVO AGITVR, EIVS EX IVRE QVIRITIVM ESSE OPORTERET *et r*eliqua. §. 37. Item ciuitas Romana peregrino fingitur, si eo nomine agat, aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo iustum sit, eam actionem etiam ad peregrinum extendi: uelut si furt*i* agat peregrinus, aut cum eo agat*ur*, formula ita concipitur: IVDEX ESTO. SI PARET (OPE) CONSILIOVE DIONIS ** FILII FVRTVM FACTVM ESSE PATERAE AVREAE, QVAM OB REM EVM, SI CIVIS ROMANVS ESSET, PRO FVRE DAMNVM DECIDERE OPORTERET et reliqua. item si peregrinus furti agat, ciuitas ei Romana fingitur. similiter si ex lege Aquilia peregrinus damni iniuriae agat, aut cum eo agatur, ficta ciuitate Romana iudicium datur. §. 38. Praeterea *a*liquando fingimus, ad*uers*arium nostrum *capite* deminutum non esse. nam si ex contractu nobis obligatus obligataue sit, et capite deminutus deminutaue fuerit, uelut mulier per coemptionem, masculus per adrogationem, desinit iure ciuili debere nobis, nec directo intendere ***, dare eum eamue oportere: sed ne in potestate eius sit, ius nostrum corrumpere, introducta est contra eum eamue actio *ut*ilis, rescissa capitis deminutione, id est, in qua fingitur capite deminutus deminutaue non esse.

§. 36. Conf. §. §. 3. 4. I. de act.
§. 37. Conf. Cicero, in Verrem, Lib. II, cap. 12.
§. 38. Conf. supra Commentar. III. §. 84. et Commentar. I. §. 162.

á tal comprador de los bienes le pertenezca ó haya obligacion de darle. Esta especie de accion se llama Rutiliana, del nombre de su autor Publio Rutilio (pretor), á quien se atribuye tambien haber introducido la venta de los bienes. La otra accion, por medio de la cual el comprador de los bienes obra en el supuesto título de heredero, se denomina accion serviana.

§. 36. A este mismo género pertenece la accion Publiciana, la cual compete al que pide una cosa adquirida con justo título, pero cuya posesion ha perdido sin haber llegado á usucapir. Porque como no puede sostener que la cosa es suya por derecho quiritario, se finje que la habia ya usucapido, y suponiéndose en virtud de esta ficcion dueño de la cosa, cual si por derecho quiritario lo fuese, hace su reclamacion en esta forma: SE JUEZ. SI AULO AGERIO HUBIESE POSEIDO DURANTE UN AÑO EL ESCLAVO QUE COMPRÓ Y LE FUE ENTREGADO, Y SI POR TANTO ESTE ESCLAVO DE QUE SE TRATA, LE HUBIESE PERTENECIDO POR DERECHO QUIRITARIO, etc.

§. 37. Tambien por medio de una ficcion se atribuye á un extranjero la cualidad de ciudadano romano, siempre que del título con que él reclama ó le reclaman, nazca accion establecida en nuestras leyes, y con tal que sea justo hacer estensiva á los extranjeros semejante accion; como si uno de ellos persigue ó es perseguido por hurto, en cuyo caso se concibe la fórmula en estos términos: SE JUEZ. SI APARECE PROBADO QUE POR OBRA Ó CONSEJO DE DION. . . . . . . SE HA COMETIDO EL HURTO DE UNA COPA DE ORO, POR CUYA RAZON SI FUESE CIUDADANO ROMANO, DEBERIA SER PERSEGUIDO POR LA ACCION DE HURTO, etc. Tambien se atribuye por ficcion al extranjero la cualidad de ciudadano romano, cuando él es quien entabla la accion de hurto. De la misma manera cuando un extranjero persigue ó es perseguido en virtud de la ley Aquilia por un daño causado contra derecho, hay lugar á la reclamacion en juicio por medio de una ficcion semejante.

§. 38. Ademas fingimos tambien algunas veces que no ha sufrido nuestro adversario la *capitis diminucion*, porque si en virtud de un contrato se encuentran un hombre ó una mujer obligados á nuestro favor, y llegan á sufrir la *capitis diminucion*, como si la mujer, por ejemplo, efectua la coempcion, ó el hombre se dá en adrogacion, cesan de estar obligados por el derecho civil, y no podemos sostener directamente. . . . . que el uno ó la otra tengan obligacion de dar; pero á fin de que no puedan destruir nuestro derecho, se ha establecido contra ellos una accion útil que rescinde la *capitis diminucion*, es decir, en la cual se supone que esta no ha tenido efecto.

§. 39. Partes autem formularum hae sunt: demonstratio, intentio, adiudicatio, condemnatio. §. 40. Demonstratio est ea pars formulae, quae precipue *ideo* inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur. uelut haec pars formulae: QVOD AVLVS AGERIVS NVMERIO NEGIDIO HOMINEM VENDIDIT. item haec: QVOD AVLVS AGERIVS (APVT) NVMERIVM NEGIDIVM HOMINEM DEPOSVIT. §. 41. Intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit. uelut haec pars formulae: SI PARET, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO SESTERTIVM X MILIA DARE OPORTERE. item haec: QVIDQVID PARET NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE (OPORTERE). item haec: SI PARET, HOMINEM EX IVRE QVIRITIVM AVLI AGERII ESSE. §. 42. Adiudicatio est ea pars formulae, qua permittitur iudici rem alicui ex litigatoribus adiudicare: uelut si inter coheredes familiae erciscundae agatur, aut inter socios communi diuidundo, aut inter uicinos finium regundorum. nam illic *ita est*: QVANTVM ADIVDICARI OPORTET, IVDEX TITIO ADIVDICATO. §. 43. Condemnatio est ea pars formulae, qua iud*ici* condemnandi absoluendiue potestas p*er*mittitur. uelut haec pars formulae: IVDEX NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO SESTERTIVM X MILIA CONDEMNA: SI NON PARET, ABSOLVE. item haec: IVDEX NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DVNTAXAT (X MILIA) CONDENMA: SI NON PARET, ABSOLVITO. item haec: IVDEX NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO X MILIA CONDEMNATO et reliqua, ut non adiiciatur: SI NON PARET, ABSOLVITO. §. 44. (*Neque tamen semper*) istae omn*es* par*tes* simul inueniuntur, sed quaedam inueniuntur, quaedam non inueniuntur. certe intentio aliquando sola inuenitur, sicut in praeiudicialibus formulis: qualis est, qua *qua*eritur, aliquis libertus sit, uel quanta dos sit, et aliae complures. demonstratio autem et adiudicatio et condemnatio nu*m*quam solae inueniuntur: nihil (*enim*) omnino sine intentione uel

§. 40. Conf. Paulus, Collat. Tit. II, §. 6.
§. 41. Conf. §. 20. I. de act. et §. §. 4. 5. 6. eod. de offic. jud.
§. 42. Conf. §. 20. I. de act. et §. §. 4. 5. 6. eod. de offic. jud.
§. 44. *certe intentio — — — aliae complures.* Conf. Theophilus, IV, 6. §. 13.

TITULO IV.

De las fórmulas.

§. 39. Las fórmulas constan de cuatro partes que son: designacion (*demonstratio*), pretension (*intentio*), adjudicacion (*adjudicatio*) y condenacion (*condemnatio*).

§. 40. Designacion es aquella parte de la fórmula que se inserta en primer lugar para espresar el asunto de que se trata. Tal es, por ejemplo, la parte de fórmula que sigue: POR CUANTO AULO AGERIO VENDIÓ UN ESCLAVO A NUMERIO NEGIDIO; y tambien esta otra: POR CUANTO AULO AGERIO DIÓ UN ESCLAVO EN DEPÓSITO A NUMERIO NEGIDIO.

§. 41. Llámase pretension (*intentio*) aquella parte de la fórmula en que el actor espresa su deseo ó peticion. Por ejemplo: SI APARECE PROBADO QUE NUMERIO NEGIDIO TIENE OBLIGACION DE DAR DIEZ MIL SESTERCIOS A AULO AGERIO; ó tambien: TODO CUANTO APAREZCA PROBADO QUE NUMERIO NEGIDIO TIENE OBLIGACION DE DAR Ó HACER EN FAVOR DE AULO AGERIO; ó bien: SI APARECE PROBADO QUE EL ESCLAVO PERTENECE A AULO AGERIO POR DERECHO QUIRITARIO.

§. 42. Se dá el nombre de adjudicacion á aquella parte de la fórmula en que se permite al juez que adjudique el objeto en cuestion á alguno de los litigantes, como si se trata de la accion de particion (*familiæ erciscundæ*) entre los coherederos, ó de la de division de una cosa comun (*communi dividundo*) entre los sócios, ó de la accion de señalamiento de límites (*finium regundorum*) entre vecinos, para cuyos diferentes casos se dice en la fórmula: JUEZ, ADJUDICA A TICIO CUANTO DEBAS ADJUDICABLE.

§. 43. La condenacion, por último, es aquella parte de la fórmula en que se dá al juez la potestad de absolver y condenar, como por ejemplo: JUEZ, CONDENA A NUMERIO NEGIDIO EN DIEZ MIL SESTERCIOS A FAVOR DE AULO AGERIO: SI NO APARECE PROBADO, ABSUELVELO. O bien: JUEZ, CONDENA A NUMERIO NEGIDIO HASTA EN CANTIDAD DE DIEZ MIL SOLAMENTE A FAVOR DE AULO AGERIO: SI NO APARECE PROBADO, ABSUELVELO. O tambien: JUEZ, CONDENA A NUMERIO NEGIDIO EN DIEZ MIL A FAVOR DE AULO AGERIO, etc., para no añadir esta última parte: SI NO APARECE PROBADO, ABSUELVELO.

§. 44. No siempre se encuentran reunidas estas cuatro partes que acabamos de enumerar, pues algunas de ellas aparecen solas en ciertas fórmulas. En efecto, á veces se encuentra tan solamente la pretension (*intentio*); por ejemplo, en las fórmulas dichas *prejudiciales*, como son aquellas en que se litiga si uno es ó no liberto de otro, ó sobre el importe de la dote y otras muchas. Empero la designacion, la adjudicacion y la condenacion nunca se encuentran solas, porque nada vale absolutamente

condemnatione ualet (*demonstratio*); item condemnatio sine demonstratione uel intentione uel adiudicatione nullas uires habet: ob id numquam solae inueniuntur.

§. 45. Sed eas quidem formulas, in quibus de iure quaeritur, *in ius* conceptas uocamus. quales sunt, quibus intendimus nostrum esse aliquid ex iure Quiritium, au*t* nobis dari oportere, aut pro fure damnum (*decidi oportere: in*) quibus iuris ciuilis intentio est. §. 46. Ceteras uero in factum conceptas uocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis concept*io* est; sed initio formulae nominat*o* eo, quod factum *est*, adi*iciun*tur ea uerba, per quae iudici damnandi absoluendiue potestas datur. qualis est formula, qua utitur patronus contra libertum, qui eum contra edictum Praetoris in ius uocat: nam in ea ita est: RECVPERATORES SVNTO. SI PARET, ILLVM PATRONVM AB ILLO LIBERTO CONTRA EDICTVM ILLIVS PRAETORIS IN IVS VOCATVM ESSE, RECVPERATORES ILLVM LIBERTVM ILLI PATRONO SESTERTIVM X MILIA CONDEMNANTO: SI NON PARET, ABSOLVVNTO. ceterae quoque formulae, quae sub titulo de in ius uocando propositae sunt, in factum conceptae sunt: uelut aduersus eum, qui in ius uocatus neque uenerit, neque uindicem dederit; item contra eum, qui exemerit eum, qui in ius uocatur. et denique innumerabiles eiusmodi aliae formulae in albo proponuntur. §. 47. Sed ex quibusdam causis Praetor et in ius, et in factum conceptas formulas proponit, uel*ut* depositi et commodati. illa enim formula, quae ita concepta est: IVDEX ESTO. QVOD AVLVS AGERIVS APVT NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSVIT, QVA DE RE AGITVR, QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA EIVS, ID IVDEX NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO **: SI NON PARET, ABSOLVITO, in ius concepta est. at illa formula, quae ita concepta est: IVDEX ESTO. SI PARET, AVLVM AGERIVM APVT NVMERIVM NEGIDIVM MENSAM ARGENTEAM DEPOSVISSE, EAMQVE DOLO MALO NVMERII NEGIDII AVLO AGERIO REDDITAM NON ESSE, QVANTI EA RES ERIT, TANTAM PECVNIAM IVDEX NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO: SI NON PARET, ABSOLVITO, in factum concepta est. similes etiam commodati formulae sunt.

§. 48. Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est. itaque etsi corpus aliquod petatur ****************************

§. 46. *qualis est formula, qua utitur patronus* etc. Conf. infra §. 183. item §. ult. I. de poen. temere litigant. Vlpianus, L. 25. §. 1. de obligat. et act. et L. 24. de in jus voc. Modestinus, L. 25. eod.
§. 47. Conf. infra §. 60. QVA DE RE AGITVR. Conf. Cicero, pro Muraena, cap. 13.

la designacion, si no vá acompañada de la pretension ó de la condenacion, y lo mismo sucede á esta última sin alguna de las otras tres partes, por cuya razon nunca se encuentran solas.

§. 45. Las fórmulas en que se agita una cuestion de derecho, se llaman fórmulas conforme á derecho (*in jus conceptas*). Tales son aquellas en que pretendemos que alguna cosa nos pertenece por derecho quiritario, ó que hay obligacion de dar ó de resarcir el daño causado por el ladron, en todas las cuales es de derecho civil la pretension (*intentio*).

§. 46. Por el contrario, llámanse fórmulas conforme al hecho (*in factum conceptas*) todas las demas, es decir, aquellas en que no se hace uso de semejante pretension, sino que designando el hecho solamente en el principio de la fórmula, se añaden en seguida aquellas palabras, mediante las cuales se dá al juez la potestad de condenar ó absolver. Tal es la fórmula que usa el patrono contra el liberto que le cita á juicio, infringiendo el edicto del pretor, cuya fórmula es la siguiente: NÓMBRENSE RECUPERADORES. SI APARECE PROBADO QUE TAL LIBERTO HA CITADO PARA COMPARECER EN JUICIO A TAL PATRONO CONTRA EL EDICTO DE TAL PRETOR, CONDENEN LOS RECUPERADORES AL REFERIDO LIBERTO EN LA CANTIDAD DE DIEZ MIL SESTERCIOS A FAVOR DEL MENCIONADO PATRONO: SI NO APARECE PROBADO, ABSUELVANLE. Todas las demas fórmulas enunciadas bajo el título *de in jus vocando* (de la citacion á juicio), son tambien de la segunda especie. Como, por ejemplo, las que se han concedido contra aquel que citado á juicio no comparece ni dá fiador; contra el que impide la comparecencia del citado; y por ultimo, otras innumerables fórmulas de la misma especie propuestas en la tabla del pretor (*in album*).

§. 47. Con todo en ciertos casos propone el pretor fórmulas conforme á derecho y al hecho, como la de depósito y la de comodato. En efecto, la que sigue es de las primeras: SE JUEZ. POR CUANTO AULO AGERIO DEPOSITÓ UNA MESA DE PLATA EN PODER DE NUMERIO NEGIDIO, LO QUE FORMA EL OBJETO DEL PLEITO; JUEZ, CONDENA POR ESTA CAUSA A NUMERIO NEGIDIO EN LO QUE ESTE OBLIGADO A DAR Ó HACER EN FAVOR DE AULO AGERIO, SEGUN SU BUENA FE. . . . : SI NO APARECE PROBADO, ABSUELVELO. Por el contrario, la fórmula siguiente pertenece á las segundas: SE JUEZ. SI APARECE PROBADO QUE AULO AGERIO DEPOSITÓ UNA MESA DE PLATA EN PODER DE NUMERIO NEGIDIO, Y QUE ESTE OBRANDO CON DOLO MALO NO SE LA HA DEVUELTO, JUEZ, CONDENA A NUMERIO NEGIDIO EN FAVOR DE AULO AGERIO A TANTA CANTIDAD DE DINERO CUANTO VALIA LA COSA: SI NO APARECE PROBADO, ABSUELVELO. Las fórmulas del comodato son tambien semejantes á estas.

§. 48. La condenacion, en todas las fórmulas que la tengan, espresa siempre el valor pecuniario de la cosa que es objeto del litigio, y por tanto aunque fuere corporal. . . . . no condena

******** iudex non ipsam rem condamnat *eum*, *cum quo* actum est, sicut olim fieri solebat, (*sed*) aestimata re pecuniam eum condemnat. §. 49. Condemnatio autem uel certae pecuniae in form*ula* ponitur, uel incertae. §. 50. Certae pecuniae in ea formula, qua certam *pecuni*am *petimus*; nam illi*c* ima parte for*mu*lae ita *est*: IVDEX NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO SESTERTIVM X MILLIA CONDEMNA: SI NON PARET, ABSOLVE. §. 51. Incertae uero condemnatio pecuniae duplicem si*g*nificationem habet. est enim una *cum* aliqua praefinitione, quae uulgo dicitur cum taxatione; uelut si inc*er*tum aliquid petamos ********* *f*ormulae ita **: IVDEX NUMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DVMTAXAT X MILIA CONDEMNA: SI NON PARET, ABSOLVE. *diu*ersa est, quae infini*t*a *est*; *uel*ut si rem aliquam a possidente nostram esse petamus, id est, si in rem agamus, uel ad exhibendum. nam illic i*t*a est: QVANTI EA RES ERIT TANTAM PECVNIAM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNA: SI NON PARET, ABSOLVITO. §. 52. ****** iudex si condemnat, certam p*ecuni*am condemnare [debet, et si certa pecunia in condemnatione posita non sit. debet autem iudex attendere, *ut*, *cu*m certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris, neque minoris summa petita condemnet: alioquin litem suam facit. item si taxatio posita sit, n*e* plur*i*s condemnet, quam taxat*um* sit; ali*as* enim simil*i*ter litem *s*uam facit. minoris autem damnare ei p*ermi*ssu*m* est ******************************
**** ———— ———— ———— ———— *********
******* intendere debent ************************** con*dem*natione constringi *** ———— ———— ———— ————

§. 53. Si quis intentione p*lus* complexus *fuerit* *********** *rem* perdi*t*, nec a Praetore in in*tegrum restituitur* ***** *quibusd*am casibus ********************************** ———— ————
———— ———— modis petitur: re * tempo*re* **********
**************** quae enim ********************************* ex parte res est, totam r*e*m ******************** ———— ————
———— ———— dari promissum *************************
****** ———— ———— ———— ———— DARE SPONDES? DARE SPONDEO ************** ———— ————
———— ———— dare * plu*s* ******************************
***** ———— ———— ———— ———— petere

§. 51. *cum taxatione*. Conf. Festus, sub voce Taxat.
§. 52. *iudex — — posita non sit*. Conf. §. 32. I. de act. *condemnatione constringi*. Conf. infra §. 57.
§. 53. Conf. infra §. 56. item §. 33. de act. Paulus, Sent. recept. I, 10. Consultatio, cap. 5.

el juez al demandado á entregar la cosa misma como solia hacerse antiguamente, sino que apreciada esta, le condena á dar su valor en dinero.

§. 49. Sin embargo, la condenacion no espresa siempre en la fórmula una cantidad determinada de dinero, pues á veces es indeterminada.

§. 50. Es determinada en todas aquellas fórmulas por las que reclamamos una cantidad fija de dinero (*certam pecuniam*). Sus términos, colocados en la última parte de la fórmula, son los siguientes: JUEZ, CONDENA A NUMERIO NEGIDIO EN DIEZ MIL SESTERCIOS A FAVOR DE AULO AGERIO: SI NO APARECE PROBADO, ABSUELVELO.

§. 51. Por el contrario, puede ser indeterminada de dos maneras. La una, cuando se señala una cantidad como valor aproximado de la cosa reclamada, y es lo que ordinariamente se llama tasacion, como si, por ejemplo, reclamamos una cosa indeterminada. . . . . de la fórmula así. . . . . : JUEZ, CONDENA A NUMERIO NEGIDIO HASTA EN CANTIDAD DE DIEZ MIL SOLAMENTE A FAVOR DE AULO AGERIO: SI NO APARECE PROBADO, ABSUELVELO. Y la otra, cuando se reclama una cosa dejando absolutamente indefinido su valor, como si, por ejemplo, reclamamos el dominio de una cosa que otro posee, es decir, cuando la accion es real ó tiene por objeto la exhibicion de una cosa mueble (*si in rem agamus vel ad exhibendum*), porque en tales casos la condenacion se halla concebida en estos términos: CONDENA A NUMERIO NEGIDIO EN TANTA CANTIDAD A FAVOR DE AULO AGERIO, CUANTO FUERE EL VALOR DE LA COSA: SI NO APARECE PROBADO, ABSUELVELO.

§. 52. . . . . si el juez condena, debe fijar en la condenacion una cantidad determinada de dinero, aun cuando no viniese propuesta en la fórmula, teniendo con todo en consideracion que cuando esté determinada fijamente la cantidad, tiene que concretarse á ella sin poder aumentarla ni disminuirla, porque de otra manera se convertiría el juez en parte. Tambien debe tener presente que cuándo hay tasacion, no puede condenar en una cantidad mayor que la tasada, so pena de convertirse igualmente en parte; pero sí le está permitido condenar en menos cantidad. . . . .

(*Hic septem lineæ desunt.*)

§. 53. El que en la pretension (*intentio*) se estiende á pedir mas de lo que se le debe, pierde el pleito, sin que el pretor le conceda la restitucion *in integrum*. . . . . en algunos casos. . . . .

(*Hic fere desunt quindecim lineæ.*)

id e*tiam* non adiecto loco. Causa plus petitur uelut si quis in intentione tollat electionem debitoris, quam is habet obligationis iure. uelut si quis ita stipulatus sit: SESTERTIVM X MILIA, AVT HOMINEM STICHVM DARE SPONDES? deinde alterutrum ex his petat: nam quamuis petat, quod minus est, plus tamen petere uidetur, quia potest aduersarius interdum facilius id praestare, quod non petitur. similiter si quis genus stipulatus sit, deinde speciem petat. uelut si quis p*urpur*am stipulatus sit generaliter, deinde Tyriam specialiter petat: quinetiam l*ic*et uilissimam petat, idem iuris est propter eam rationem, quam proxime diximus. idem iuris est si quis generaliter hominem stipulatus sit, deinde nominatim aliquem petat, uelut Stichum, quamuis uilissimum. itaque sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet. §. 54. Illud satis apparet, in incertis formulis plus peti non posse, quia cum certa quantitas non petatur, sed quidquid aduersarium dare, facere oporte*a*t intendatur, nemo potest plus intendere. idem iuris est et si in rem incertae partis actio data sit; uelut *potest* heres quantam partem petat in eo fundo, quo *de* agitur, *nes*cius esse: quod genus actionis in paucissimis causis dari solet. §. 55. Item palam est, si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari, eumque ex integro agere posse, quia ****************************** si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit; aut si quis ex testamento dar*i* sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur; aut si cognitor, aut procurator intenderit, sibi dari oportere. §. 56. Set plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est: minus autem intendere licet; sed de reliquo intra eiusdem praeturam agere non permittitur. nam qui ita agit, per exceptionem excluditur: quae exceptio appellatur litis diuiduae. §. 57. At si in condemnatione plus positum sit, quam *oportet*, actoris qui*dem* periculum nullum est, sed (*reus, cum*) iniquam formulam acceperit, in integrum restituitur, ut minuatur condemnatio. si uero minus positum fuerit, quam oportet, hoc solum (*actor*) consequitur, quod posuit: nam tota qui*dem* res in iudicium deducitur, constringitur autem condem-

§. 54. *Illud — — — nemo potest plus intendere.* Conf. Cicero, pro Roscio Comoedo, cap. 4. *si in rem incertae partis actio data sit.* Conf. Noster, L. 76. §. 1. de rei vindicat. (e Commentar. ad Edict. prov.) item Paulus, L. 8. §. 1. communi divid.

§. 55. *Item — — — ex stipulatu debebatur.* §. 35. I. de act. *aut si cognitor.* etc. Conf. infra §. 86.

§. 56. Conf. §. 34. I. de act. *sicut supra diximus.* Vid. §. 53. *sed de reliquo* etc. Conf. infra §. 122.

§. 57. *At — — nullum est.* Conf. infra §. 68. *constringitur autem condemnationis fine.* Conf. supra §. 52. *nam huius aetatis hominibus* etc. Conf. supra Commentar. II. §. 163.

. . . . Incúrrese en la plus-peticion por razon de la causa, v. gr., cuando en la pretension (*intentio*) se quita al deudor la facultad de escoger que le correspondia por la misma obligacion contraida, como si habiendo uno estipulado en esta forma: ¿PROMETES DAR DIEZ MIL SESTERCIOS Ó EL ESCLAVO STICHO? reclamase despues determinadamente una sola de estas dos cosas; porque aun supuesto que fuese la de menos valor, se considera que incurre en la plus-peticion, toda vez que en ocasiones podría ser menos gravoso á su adversario desprenderse de la cosa no reclamada. Lo mismo sucedería si despues de haber estipulado genéricamente una cosa, se hiciese la reclamacion en especie, como si uno estipulase púrpura en general y viniese despues reclamando púrpura de Tiro; y aun cuando pidiese púrpura de la clase mas inferior, sería lo mismo por la razon que hemos asentado poco ha. Tambien incurria en la plus-peticion el que habiendo estipulado un esclavo en general, reclamase despues un esclavo determinado, Sticho, por ejemplo, aunque fuese del valor mas ínfimo. Así, pues, la pretension (*intentio*) de la fórmula debe hallarse concebida en los mismos términos que lo haya sido la estipulacion.

§. 54. Es evidente que en las fórmulas indeterminadas no puede tener lugar la plus-peticion, porque no pidiéndose en ellas una cantidad determinada y sí solo que la parte contraria dé ó haga aquello á que esté obligada, no cabe el pedir mas de lo justo. Lo mismo sucede cuando se reclama en virtud de accion real una parte indeterminada, como el heredero que puede muy bien ignorar la que le corresponde en el fundo de que se trate, si bien suele darse esta especie de accion en poquísimas causas.

§. 55. Tambien es claro que en nada se perjudica el que pide en la pretension (*intentio*) una cosa por otra, pues le es permitido deshacer el error mediante la restitucion *in integrum*, porque. . . . . como si uno reclama el esclavo Eroto en vez del esclavo Sticho que era el que pedir debia, ó si espresa en la pretension que se le debe en virtud de un testamento lo que procede de una estipulacion, ó bien cuando el *cognitor* ó el procurador no usan en la demanda (*intentio*) el nombre de su principal ó poderdante sino el suyo propio.

§. 56. Hay riesgo de pedir mas de lo justo en la pretension, como ya hemos dicho, pero es uno dueño de reclamar menos, si bien en este caso no se permite entablar accion por el resto durante la misma pretura, pues el que lo hiciese sería rechazado por la escepcion llamada de pleito dividido (*litis dividuæ*).

§. 57. Pero si es en la condenacion donde se pide mas de lo justo, nada pierde el actor, si bien se concede la restitucion *in integrum* al reo que acepta una condenacion injusta, para que pueda conseguir su disminucion. Y por el contrario, si la condenacion comprende menos de lo justo, eso es lo que únicamente obtiene el actor; porque habiendo deducido en juicio todo su

nationis fine, quam iudex egredi non potest. nec ex ea parte Praetor in integrum restituit: facilius enim reis Praetor succurrit, quam actoribus. loquimur autem exceptis minoribus XXV annorum; nam huius aetatis hominibus in omnibus rebus lapsis Praetor succurrit. §. 58. Si in demonstratione plvs aut minus positum sit, nihil in iudicium deducitur, et ideo res in integro manet: et hoc est, quod dicitur, falsa demonstratione rem non perimi. §. 59. Sed sunt, qui putant, minus recte comprehendi. nam qui forte Stichum et Erotem e*me*rit, recte uidetur ita demonstrare: QVOD EGO DE TE HOMINEM EROTEM EMI; et si uelit, de Sticho alia formula idem agat: quia uerum est, eum, qui duos emerit, singulos q*uoque* emisse: idque i*t*a m*a*xi*me* Labeoni uisum est. sed si is, qui unum emerit, de duobus egerit, falsum demonstrat. idem et in aliis actionibus est, uelut commodati, depositi. §. 60. Sed *nos* aput quosdam scriptum inuenimus, in actione depositi et denique in ceteris omnibus, quibus damnatus unus*qui*sque ignominia notatur, eum, qui plus, quam oporteret, demonstrauerit, litem perdere. uelut si quis, una re deposita, duas res deposuisse demonstrauerit: aut si is, cui pugno mala percussa est, in actione iniuriarum, esse aliam partem corporis percussam sibi, demonstrauerit. quod an debeamus credere uerius esse, diligentius requiremus. cer*t*e cum du*a*e *s*int depositi formulae, alia in ius concepta, alia in factum, sicut *su*pra quoque notauimus, et in ea *qui*dem formula, quae in i*u*s concepta est, initio res, de q*u*a agitur, demonstretur, tum designetur, deinde inferatur iuris contentio his uerbis: QVIDQVID OB EAM REM ILLVM MIHI DARE FACERE OPORTET; in ea uero, quae in factum concep**ta est**, ******************************** **** re*s*, de q*ua agitur*, designetur his uerbis: SI PARET, ILLVM APVT ILLVM DEPOSVISSE: dubitare non debemus, quin si quis in formula, quae in factum composita est, plures res designauerit, quam deposuerit, l*item* perda*t*; quia in intentione pl*u*s *****

———— ————
———— ————
———— ————
———— ————

§. 60. *sicut supra quoque notauimus.* Vid. §. 47.

derecho, lo limita al fin en la condenacion, de cuyos términos no es lícito al juez separarse en su fallo: ni tampoco le concede el pretor la restitucion *in integrum* por la parte no incluida en la condenacion, á causa de que el pretor favorece mas bien á los reos que á los actores, salvo cuando estos últimos no lleguen á veinte y cinco años, pues los menores son siempre auxiliados por el pretor cuando sufren algun perjuicio.

§. 58. Si la designacion (*demonstratio*) abraza mas ó menos de lo justo, como que nada se deduce en juicio en este caso, permanece en toda su integridad el derecho del actor, y por esto suele decirse que una designacion falsa no hace perder el negocio.

§. 59. Algunos juzgan, sin embargo, que no es viciosa la designacion (*demonstratio*) que comprende menos de lo justo, porque parece que el comprador de dos esclavos, Sticho y Eroto, puede muy bien decir en ella: POR CUANTO TE HE COMPRADO EL ESCLAVO EROTO, y entablar, si quiere, la accion en otra fórmula respecto del esclavo Sticho, pues no cabe duda en que el comprador de dos cosas lo es tambien de cada una de ellas en particular; tal es especialmente la opinion de Labeon. Y que por el contrario la designacion (*demonstratio*) es viciosa cuando el comprador de un solo objeto reclama dos, sucediendo lo mismo en las demas acciones, como por ejemplo las de comodato y depósito.

§. 60. No obstante, hemos encontrado en algunos autores la opinion de que en la accion de depósito y en todas las demas de que resulta ignominia para el condenado, debe perder el pleito el que hubiere espuesto en la designacion (*demonstratio*) mas de lo justo, como si, por ejemplo, la hiciese estensiva á dos cosas el que habia depositado una sola; ó el abofeteado, al entablar la accion de injurias (*injuriarum*), espresase en la designacion que habia recibido los golpes en otra parte de su cuerpo y no en la cara. Trataremos ahora de inquirir con todo cuidado si hemos de tener esta última opinion por mas acertada. Siendo dos las fórmulas de la accion de depósito, como ya hemos asentado, una conforme á derecho (*in jus concepta*) y otra conforme al hecho (*in factum concepta*), y haciéndose en la primera desde luego la designacion de la cosa de que se trata, señalándola entonces y añadiendo en seguida estas palabras que formulan la cuestion de derecho: CUANTO POR ESTA CAUSA TENGA OBLIGACION DE DAR Ó HACER A MI FAVOR, mientras que por el contrario en la segunda. . . . . se designa el objeto del litigio con estas palabras: SI APARECE PROBADO QUE ESTE DEPOSITÓ EN PODER DE AQUEL; no debemos dudar que perderá el pleito el que designare en la fórmula conforme á hecho (*in factum concepta*) mas objetos de los que en realidad hubiese depositado, porque en la pretension pide mas. . . . .

(*Hic duæ paginæ desunt.*)

§. 61. continetur, *ut* habita ratione *eius*, quod *inuicem actorem ex* eadem causa *praestare* oporteret, *in* reliquum eum, cum quo actum est, condemnare. §. 62. Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto, uendito, locato, conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae *********** §. 63. iudici **************** compensationis rationem habere ** ******** formulae uerbis praecipitur; sed quia id bonae fidei iudicio conveniens uidetur, id officio eius contineri creditur. §. 64. Alia causa est illius actionis, qua argentarius experitur: nam is cogitur cum compensatione agere, *cum* compensatio uerbis formulae comprehendatur. *itaque argentarius*, ab initio compensatione facta, minus intendit sibi dari oportere. ecce enim si *sestertium* x milia debeat Titio, atque ei xx debeat *Titius*, *ita* intendit, si paret Titium sibi x milia dare oportere amplius, quam *ipse Titio* debet. §. 65. Item debet cum deductione agere *uelut* bonorum emptor, *ita*, *ut* in hoc solum aduersarius condemnetur, quod superest, deducto eo, quod inuicem tibi defraudatoris nomine debet. §. 66. Inter compensationem autem, quae argentario interponitur, et deductionem, quae obiicitur *bonorum emptori*, illa differentia est, quod in compensationem hoc solum uocatur, quod eiusdem generis et naturae est. ueluti pecunia cum pecunia compensatur, triticum cum tritico, uinum cum uino: adeo, ut quibusdam placeat, non omnimodo uinum cum uino, aut triticum cum tritico compensandum, sed ita si eiusdem naturae qualitatisque sit. in deductionem autem uocatur et quod non est eiusdem generis. itaque si pecuniam petat bonorum emptor, et inuicem frumentum, aut uinum *tibi* debeat, deducto *eo*, quanti id erit, in reliquum experitur. §. 67. Item uocatur in deductionem et id, quod in diem debetur: compensatur autem hoc solum, quod praesenti die debetur. §. 68. Praeterea compensationis quidem ratio in intentione ponitur: quo

§. 61. Conf. Paulus, Sent. recept. II, 5, §. 3. *continetur ut*. Conf. §. 30. I. de act. *habita ratione* etc. §. 39. I. eod.
§. 62. Conf. §. 28. I. de act. Cicero, de Offic. Lib. III. cap. 17.
§. 68. *quo loco plus petenti periculum non interuenit*. Conf. supra §. 57.

TITULO V.

De los juicios de buena fé y de la compensacion y deduccion.

§. 61. . . . . se contiene, que teniendo en cuenta lo que por causa idéntica debiese á su vez el actor satisfacer al demandado, solo se condene á este último en el escedente.

§. 62. Los juicios de buena fé son estos: los de compra, venta, locacion, conduccion, gestion de negocios, mandato, depósito, fiducia, sociedad, tutela. . . . .

§. 63. . . . . se manda por las palabras de la fórmula; pero en razon á que esto parece conforme con el carácter especial del juicio de buena fé, se cree que entra en las atribuciones del juez.

§. 64. No sucede lo mismo con la accion que tiene el banquero ó cambista (*argentarius*) para reclamar sus créditos, pues á este se le obliga á proponer la compensacion juntamente con la accion, comprendiéndola en las mismas palabras de la fórmula, y así es que hecha desde luego la compensacion, eso menos reclama en la pretension á su adversario. Por ejemplo, si un banquero ó cambista (*argentarius*) debe diez mil á Ticio y éste le debe á él veinte mil, concibe la pretension en estos términos: si aparece probado que Ticio tiene obligacion de darle diez mil, ademas de los diez mil que él mismo debe á Ticio.

§. 65. Tambien el comprador de los bienes debe proponer su accion deduciendo lo que él adeude (*debet eum deductione agere*), de suerte que solo se condene á la parte contraria en el sobrante que resulte despues de deducir lo que á esta deba el comprador á su vez por razon de fraude.

§. 66. Empero hay una diferencia entre la compensacion que puede oponerse al banquero ó cambista, y la deduccion que puede objetarse al comprador de los bienes, y es qué solo admiten compensaciones las cosas de un mismo género y naturaleza, como dinero con dinero, trigo con trigo, vino con vino; y hasta tal punto que, segun la opinion de algunos, no debe hacerse la compensacion así absolutamente vino con vino y trigo con trigo, sino que forzosamente estas materias han de ser de la misma naturaleza y calidad: mientras que por el contrario son susceptibles de deduccion aun las cosas heterogéneas. Por lo cual si el comprador de los bienes reclama dinero y él debe á su turno trigo ó vino, se limitará su accion al escedente que resulte despues de deducir el valor del trigo ó del vino.

§. 67. Tambien es susceptible de deduccion lo que se debe para cierto dia, al paso que no cabe compensacion sino en lo que se debe de presente.

§. 68. Ademas la causa ú orígen de la compensacion inter-

fit, ut si facta compensatione plus nummo uno intendat argentarius, causa cadat et ob id rem perdat. deductio uero ad condemnationem ponitur, quo loco plus petenti periculum non interuenit; utique bonorum *emptore* agen*te*, qui, licet de certa pecunia agat, incerti tamen condemnationem concipit.

§. 69. Quia tamen superius mentionem habuimus de actione, qua in peculium filiorum familias seruorumque ag*i*tur, opus est, ut de hac actione et de ceteris, quae eorumdem nomine in parentes dominosue dari solent, diligentius admoneamus. §. 70. Inprimis itaque si iussu patris dominiue negotium gestum erit, in solidum Praetor actionem in patrem dominumue comparauit: et recte, quia qui ita negotium gerit, magis patris dominiue, quam filii seruiue fidem sequitur. §. 71. Eadem ratione comparauit duas alias actiones, exercitoriam **et** institoriam. tunc autem exercitoria locum habet, cum pater dominusue filium seruumue magistrum naui praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositu*s* fuit, negotium gestum erit. cum enim ea quoque res ex uoluntate patris dominiue contrahi uideatur, aequissimum **Praetori** uisum est, in solidum actionem dari. quin etiam, licet extraneum quisquam **magistrum na**u*i* praeposuerit, siue seruum siue liberum, tamen ea Praetoria actio in eum redditur. ideo autem exercitoria actio appellatur, quia exercitor uocatur is, ad quem cottidianus nauis quaestus peruenit. institoria *uero* formula tum locum habet, cum quis tabernae, aut cuilibet negociationi filium seruumue, **aut** quemlibet extraneum, siue seruum, siue liberum praeposuerit, et quid cum eo eius rei gratia, cui praepositus est, contractum fuerit. ideo autem insti*t*oria **appellatur, quia, qui** tabernae praeponitur, institor appellatur. quae *et ipsa* formula in solidum est. §. 72. Praeterea tributoria **quoque actio** in

§. 69. pr. I. quod cum eo contractum est; *superius*. Primam actionis de peculio mentionem vel pag. 112, vel pag. 210. contineri suspicor. Conf. §. 38. I. de act.

§. 70. Conf. §. 1. I. quod cum eo contractum est.

§. 71. §. 2. I. quod cum eo contractum est.

§. 72. §. 3. I. quod cum eo contractum est.

puesta debe espresarse en la pretension, y de aquí es que si el banquero reclama despues de hecha la compensacion una sola moneda de mas en la pretension, falsea la causa y viene por tanto á perder el pleito. Pero como la deduccion se propone en la condenacion, y en esta no importa que se pida mas de lo justo, resulta que el comprador de los bienes puede muy bien no fijar en la condenacion ninguna cantidad, aunque verse su accion sobre una suma de dinero cierta y determinada.

TITULO VI.

De los negocios contratados con los que están bajo de potestad agena.

§. 69. Habiendo hecho mencion anteriormente de la accion relativa al peculio de los hijos de familia y al de los esclavos, será conveniente que espliquemos ahora con todo detenimiento tanto esta accion como las demas que á nombre de ellos suelen darse contra los padres y señores.

§. 70. Y en primer lugar si un hijo de familia ó un esclavo negocian cualquier cosa por órden de su padre ó señor, concede el pretor contra estos una accion para reclamar el importe total de la obligacion contraida por aquellos; disposicion muy justa pues todo el que contrata de este modo, vá mas bien confiado en la buena fé del padre ó del señor, que no en la del hijo ó del esclavo.

§. 71. Por la misma razon concedió el pretor otras dos acciones llamadas exercitoria é institoria. Tiene lugar la primera cuando el padre ó el señor ponen al frente de un buque como capitan ó patron al hijo ó al esclavo, y alguna persona trata con ellos negocios relativos á la comision ó encargo que han recibido de su superior; porque pareciendo que semejantes negociaciones se efectuan tambien con arreglo á la voluntad del padre ó señor, ha creido el pretor muy justo conceder una accion contra ellos por el todo de la obligacion, sin que deje de tener lugar esta accion pretoria aunque el capitan ó patron encargado de la nave sea un estraño, bien de condicion libre, bien esclavo. Háse dado á esta accion el nombre de exercitoria, porque se llama *exercitor* aquel que guarda en su poder las ganancias diarias del buque. La otra accion, llamada institoria porque institor es el nombre del que se halla al frente de una tienda, tiene lugar en el caso de que alguno confie á su hijo, á su esclavo ó á cualquier estraño, sea esclavo ó libre, la direccion de una tienda ó de cualquiera otra negociacion, y alguno celebrare con ellos contratos que tengan relacion con su encargo. Esta accion lo mismo que la anterior se dá por el todo de la obligacion contraida (*in solidum*).

§. 72. *El pretor* ha establecido tambien una accion llamada

patrem dominumue ******************************** constituta est, cum filius seruusue *in peculi*ari *merce sciente patre dominoue negotiatur. nam si quid cum eo eius rei causa contractum erit: ita Praetor ius dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter patrem dominumue, si quid ei debebitur, et ceteros creditores pro rata portione distribuatur. et quia ipsi patri dominoue distributionem permittit, si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, quam oportuerit, hanc ei actionem accomodat, quae tributoria appellatur. §. 73. Praeterea introducta est actio de peculio deque eo, quod in rem patris dominiue uersum erit ut, quamuis sine uoluntate patris dominiue negotium gestum erit, tamen, siue quid in rem eius uersum fuerit, id totum praestare debeat, siue quid non sit in rem eius uersum, id eatenus praestare debeat, quatenus peculium patitur. in rem autem patris dominiue uersum intellegitur, quidquid necessario in rem eius impenderit filius seruusue: ueluti si mutuatus pecuniam creditoribus eius soluerit, aut aedificia ruentia fulserit, aut familiae frumentum emerit, uel etiam fundum aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. itaque si ex decem ut puta sestertiis, quae seruus tuus a Titio mutua accepit, creditori tuo quinque sestertia soluerit, reliqua uero quinque quolibet modo consumpserit: pro quinque quidem in solidum damnari debes, pro ceteris uero quinque eatenus, quatenus in peculio sit. ex quo scilicet apparet, si tota decem sestertia in rem tuam uersa fuerint, tota decem sestertia Titium consequi posse. licet enim una est actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem patris dominiue uersum sit, agitur; tamen duas habet condemnationes. itaque iudex, aput quem ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem patris dominiue uersum sit: nec aliter ad peculii aestimationem transit, quam si aut nihil in rem patris dominiue uersum esse intellegatur, aut non totum. cum autem quaeritur, quantum in peculio sit, ante de*ducitur, quod patri dominoue, quique *in potestate eius sit, a fi*lio seruoue debetur: et quod superest, hoc solum peculium *esse* intellegitur. *aliquando tamen id, quod ei* debet filius seruusue, qui in potestate patris dominiue *est, non* deducitur ex peculio (*si*) is,

§. 73. §. 4. I. quod cum eo contractum est. *licet — — condemnationes.* Conf. §. 74.

tributoria contra el padre ó el señor. . . . . cuando el hijo ó el esclavo emplean su peculio en alguna negociacion ó tráfico, siempre que sea con conocimiento del padre ó señor, porque en este caso, si han contraido alguna obligacion en asuntos propios de su giro, el pretor decide que tanto el capital empleado como las ganancias se distribuyan entre el padre ó el señor, si se les debe algo, y entre los demas acreedores en proporcion á sus respectivos créditos. Y como el autorizado para hacer esta distribucion es el mismo padre ó señor, por eso si alguno de los acreedores se queja de haber sido perjudicado en ella, puede ejercitar la accion nombrada tributoria.

§. 73. Se ha introducido tambien una accion que tiene por objeto el peculio y todo lo invertido por el hijo ó el esclavo en provecho del padre ó señor. Por esta accion, aun cuando los negocios se hayan contratado sin consentimiento del padre ó señor, estos no obstante tienen obligacion de pagar cuanto se hubiere invertido en su provecho; pero si los gastos hubiesen sido en asuntos estraños á los intereses del padre ó señor, la obligacion solo se estiende hasta el importe del peculio y nada mas. Se entiende por invertido en provecho del padre ó señor, las impensas necesarias hechas en sus cosas por el hijo ó el esclavo, como si estos toman dinero prestado para satisfacer á los acreedores de aquellos, para reparar sus edificios ruinosos ó para la compra de granos destinados á la subsistencia de la familia y aun de fundos ó de cualquiera otra cosa necesaria. Así, por ejemplo, si de diez sestercios que tu esclavo tomó prestados á Ticio, emplease cinco en pagar á tus acreedores y los cinco restantes los gastase de cualquier otro modo, debes ser condenado á reintegrar los cinco primeros en su totalidad; pero respecto de los otros cinco solo estas obligado por la cantidad á que alcance el peculio. Por donde se vé que si los diez sestercios se hubieren invertido todos en provecho tuyo, podrá Ticio exigírtelos por entero, porque si bien es una sola la accion que compete sobre el peculio y sobre lo invertido en provecho del padre ó señor, contiene sin embargo dos condenaciones, y por lo tanto el juez ante quien se entabla esta accion, suele examinar primeramente si la cantidad reclamada se ha invertido en provecho del padre ó señor; y solo en el caso de que nada se haya gastado con este objeto, ó no se haya empleado en él toda la suma prestada, es cuando pasa el juez á valuar el peculio, para lo cual hay que deducir ante todo lo que el hijo ó el esclavo deban al padre ó señor y á cualquiera que se halle bajo la potestad de estos, entendiéndose solamente como peculio lo que restare despues de hacer esta deduccion. No obstante, puede suceder algunas veces que no se deduzca del peculio lo que el hijo ó el esclavo deben á los que están sometidos á la potestad del padre ó señor, y es cuando aquel, en cuyo favor fuere la deuda, hace él mismo parte del peculio.

cui debet, in huius ipsius peculio sit. §. 74. Ceterum *dubium non est, quin is quoque, qui iussu patri*s dominiue contrax*it, cuique institoria, uel exerci*toria formula competit, de peculio, aut de in rem uerso agere possit. sed nemo tam stultus erit, ut qui aliqua illarum actionum sine dubio solidum consequi possit, in difficultatem se deducat, probandi, in *rem patris dominiue uersum esse, uel habere filium seruumue peculium, et tantum habere, ut solidum sibi s*olui possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, de peculio, uel de in rem uerso agere potest. sed huic sane plerumque expedit, hac potius actione uti, quam tributoria. nam in tributoria eius solius peculii ratio habetur, quod in his mercibus *continetur*, quibus negociatur filius seruusue, quodque inde receptum erit: at in actione peculii, totius. et potest quisque tertia forte, aut quarta, uel etiam minore parte peculii negotiari, maximam uero partem *in praedis, uel* in aliis rebus habere ************ potest approbari, id, quod ************* in rem patris dominiue uersum esse, ad hanc actionem transire debet. nam, ut supra diximus, eadem formula et de peculio et de in rem uerso agitur.

§. 75. Ex maleficiis filiorum familias seruorumue, ueluti si furtum fecerint, aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominoue aut litis aestimationem sufferre, aut noxae dedere. erat enim iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisue damnosam esse. §. 76. Constitutae sunt autem noxales actiones aut legibus, aut edicto. legibus: uelut furti lege XII tabularum; damni iniuriae lege Aquilia. edicto Praetoris: uelut iniuriarum et ui bonorum raptorum. §. 77. Omnes autem noxales actiones caput sequuntur. nam si filius tuus seruusue noxam commiserit, quamdiu in

§. 74. *Ceterum — — — de in rem uerso agere potest.* §. 5. I. quod cum eo contractum est. *et potest — — —habere.* cit. §. 5. I. conferenda et in reliquo hoc articulo. *ut supra diximus.* Vid. §. 73.
§. 75. *Ex — — — dedere.* pr. I. de noxal. act. *erat* etc. §. 2. eod.
§. 76. §. 4. I. de noxal. act.
§. 77. §. 5. I. de noxal. act. *primo commentario tradidimus.* Vid. Commentar. I. §. 160.

§. 74. Por lo demas es indisputable que todo aquel á quien por haber contratado con un hijo ó esclavo, prévia autorizacion del padre ó señor, compete la accion institoria ó la exercitoria, puede entablar tambien la concerniente al peculio y á lo invertido en provecho de estos últimos; pero nadie habrá tan sandio que pudiendo conseguir sin dificultad toda la deuda por medio de una de las dos primeras acciones, vaya á esponerse á las dificultades é inconvenientes de haber de probar que la suma se invirtió en provecho del padre ó señor, que el hijo ó esclavo tienen un peculio, y que este peculio alcanza para pagar el todo de la deuda. Tambien aquel á quien compete la accion tributoria puede ejercitar la concedida sobre el peculio y sobre lo invertido en provecho del padre ó señor, y aun es mas conveniente hacer uso de esta última accion que de la tributoria, porque esta se dirige únicamente contra aquella parte del peculio empleada por el hijo ó el esclavo en las mercaderías cuyo comercio hiciese, y contra las ganancias en él obtenidas, mientras que en la accion de peculio se tiene todo él en cuenta. Y como puede cualquiera negociar con la tercera ó cuarta parte del peculio y aun con menos, teniendo empleado todo lo demas en predios ó en otras cosas. . . . . *pero si* puede probar que lo. . . . . se ha invertido en provecho del padre ó del señor, debe preferir esta accion, porque, como ya hemos dicho, se usa la misma fórmula, ora verse la reclamacion sobre el peculio, ora sobre lo invertido en provecho del padre ó señor.

TITULO VII.

De los acciones noxales.

§. 75. Los delitos de los hijos de familia y de los esclavos, tales como el hurto ó injuria, dieron orígen á las acciones noxales, cuyo objeto es permitir que el padre ó el señor escojan entre pagar el valor de lo reclamado, ó entregar los hijos y esclavos delincuentes á los agraviados para su castigo ó el resarcimiento del daño hecho (*noxæ dedere*); porque era injustísimo que la perversidad de los culpables causase males y perjuicios no solo á ellos mismos, sino tambien á sus padres y señores.

§. 76. Las acciones noxales han sido establecidas por las leyes ó por el edicto del pretor. Sirvan de ejemplo de las primeras la accion de hurto (*furti*) establecida por la ley de las Doce Tablas y la de daño causado injustamente (*damni injuriæ*) por la ley Aquilia: y de las segundas la accion de injurias (*injuriarum*) y la de robo (*vi bonorum raptorum*).

§. 77. Todas las acciones noxales siguen constantemente á la persona bajo de cuya potestad se encuentra el que causó el daño (*caput sequuntur*). En efecto, si tu hijo ó esclavo incurriere en alguno de dichos delitos hallándose bajo tu potestad, la ac-

tua potestate est, tecum est actio: si in alterius potestatem peruenerit, cum illo incipit actio esse: si sui iuris coeperit esse, directa actio cum ipso est, et noxae deditio extinguitur. ex diuerso quoque directa actio noxalis esse incipit. nam si pater familias noxam commiserit, et hic se in adrogationem tibi dederit, aut seruus tuus esse coeperit, (*quod*) quibusdam casibus accidere primo commentario tradidimus, incipit tecum noxalis actio esse, quae ante directa fuit. §. 78. Sed si filius patri, aut seruus domino noxam commiserit, nulla actio nascitur: nulla enim omnino inter me et eum, qui in potestate mea est, obligatio nascitur. ideoque etsi in alienam potestatem peruenerit, aut sui iuris esse coeperit, neque cum ipso, neque cum eo, cuius nunc in potestate est, agi potest. unde quaeritur, si alienus seruus filiusue noxam commiserit mihi, et is postea in mea esse coeperit potestate, utrum intercidat actio, an quiescat. nostri praeceptores intercidere putant, quia in eum casum deducta sit, in quo actio consistere non potuerit: ideoque, licet exierit de mea potestate, agere me non posse. diuersae scholae auctores, quamdiu in mea potestate sit, quiescere actionem putant, cum ipse mecum agere non poss*im*: cum uero exierit de mea potestate, tunc eam resuscitari. §. 79. Cum autem filius familias ex noxali causa mancipio datur, diuersae scholae auctores putant, ter eum mancipio dari debere, quia lege XII tabularum cautum sit, (*ne aliter filius de potestate patris*) exeat, quam si ter fu*er*it mancipatus. Sabin*us* et Cassius ceterique nostrae scholae auctoritate sufficere unam mancipationem crediderunt; tres enim lege XII tabularum ad uoluntarias mancipationes pertinere.

§. 80. Haec ita de his personis, quae in potestate (*sunt*), siue ex contractu, siue ex *ma*leficio earum *controuer*sia esset. quod uero ad *eas* personas, quae in manu mancipioue sunt ********** ******* ex *contr*act*u* earum ageretur, nisi ab eo, cuius iuri sub-

§. 78. *Sed* — — — *agere me non posse*. §. 6. I. de noxal. act. *unde quaeritur* etc. Conf. Paulus, L. 18. de furt. Neratius, L. 64. eod. Tryphoninus, L. 37. de noxalib. act.
§. 79. Conf. supra Commentar. I. §. §. 140. 141. 132. 135.
§. 80. *nisi ab eo* — — *ueneunt*. Conf. supra Commentar. III. §. 84.

cion se dirige contra tí; si pasan á la potestad de otro, contra este otro; y por último, si llegan á hacerse independientes (*sui juris*), se dá contra ellos una accion directa y no tiene ya cabida el abandono noxal. Por el contrario, puede tambien pasar á ser noxal una accion directa en su principio; porque si comete el delito un padre de familia y luego viene á ser hijo tuyo por adrogacion, ó esclavo, segun puede suceder en ciertos casos que enumeramos en el primer comentario, pasa entonces á ser noxal y á dirigirse contra tí una accion que fué directa en su principio.

§. 78. Empero si los delitos de esta clase son cometidos contra el mismo padre por su hijo ó contra el señor por el esclavo, en este caso no nace accion ninguna; porque ninguna obligacion puede existir entre mi persona y los que dependen de mi potestad. De donde resulta que aunque pasaran á la de otro ó se hicieran independientes, ni podría yo proceder directamente contra ellos ni contra la persona en cuya potestad entrasen. De aquí la cuestion sobre si cesa del todo la accion ó queda solo interrumpida cuando un hijo ó esclavo ageno, despues de haberse hecho culpable contra mí, llegase á estar bajo de mi potestad. La opinion de nuestros maestros es que cesa del todo, porque las circunstancias hacen que no pueda tener lugar la accion; y por tanto que no podría yo entablarla aunque el hijo ó el esclavo volviesen á estar fuera de mi potestad. Pero los autores de la escuela opuesta opinan que mientras el hijo ó esclavo estuvieren sometidos á mí, la accion queda en suspenso porque no puedo repetir contra ellos; mas que renace luego que salen de mi potestad.

§. 79. Cuando un hijo de familia es entregado en *mancipio* por causa noxal, juzgan nuestros adversarios que debe ser mancipado tres veces, estando como está prevenido en la ley de las Doce Tablas que sean necesarias tres mancipaciones para que el hijo salga de la patria potestad; pero Sabino, Casio y los demas autores de nuestra escuela creyeron bastante en este caso una sola mancipacion, porque las tres mancipaciones de que habla la ley de las Doce Tablas, se refieren á los casos de mancipacion voluntaria.

TITULO VIII.

Del efecto de las obligaciones contraidas por los que se hallan sometidos al poder (manus) *ó al mancipio.*

§. 80. Tales son las reglas establecidas cuando se procede en virtud de contratos ó delitos contra los individuos sometidos á la potestad. Por lo que hace á las personas que están bajo el poder (*manus*) ó en mancipio. . . . . por contrato se proceda contra ellas, se venden los bienes que hubieran

iectae sin*t*, *in solid*um defendantur, bona, quae *e*arum *fu*tura *f*oren*t*, si *eius* iur*i* subiectae non essent, *ueneu*nt. sed cum **** ********* imperio continenti iud*icio* ——— ——— ——— ——— — — — — — — — enim — — — — — — — — — — — — §. 81. q*uamquam* diximus ******* *permi*ssum fuisse, ei mortuos homines dedere, tamen etsi quis *eum* dederit, qui fato suo uita excesserit, aeque libera*tur*.

§. 82. **Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet aut suo nomine, aut alieno**. alieno, ueluti cognitorio, procuratorio, tutorio, curatorio: cum olim, q*uamdiu* ****** *leg*is actione*s* in usu fuissent, alterius nomine agere non licere*t*, (*nisi*) pro popu*lo et libertat*is *causa*. §. 83. Cognitor autem certis uerb*is* in litem cora*m* aduersario substituitur. nam actor *ita* cognitorem dat: QVOD EGO A TE uerbi gratia FVNDVM PETO, IN EAM REM LVCIVM TITIVM TIBI COGNITOREM DO; ad*uers*ar*ius* ita: QVANDO TV A ME FVNDVM PETIS, IN EAM REM PVBLIVM MAEVIVM COGNITOREM DO. potest, ut actor ita dicat: QVOD EGO TECVM AGERE VOLO, IN EAM REM COGNITOREM DO; aduers*ar*i*u*s i*ta*: QVANDO TV MECVM AGERE VIS, IN EAM REM COGNITOREM DO. nec interest, praesens an absens cognitor detur. sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognouerit *et susce*peri*t* officium cognitori*s*. §. 84. Procurator uero *n*ullis certis uerbis in litem *consti*tuitur. sed ex solo mandato, et absente, et ignorante aduersario, constituitur. quinetiam sunt, qui putant, *uel eum* procuratorem uideri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat a*d* negotium, et caueat ratam rem dominum habiturum; igitur etsi non *h*abeat mandatum, *agere tamen posse*, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est,

§. 81. Conf. Iulianus, L. 39. §. 4. de noxalib. act. Vlpianus, L. 42. §. 1. eod.

§. 82. pr. I. de iis, per quos agere possumus. Conf. Vlpianus, L. 123. pr. de R. I.

§. 83. Conf. Festus, sub voc. Cognitor. Asconius, in Divinat. cap. 4. (ed. a. 1675. pag. 20.) Interpres ad L. 7. C. Th. de cognitor. et procurator.

§. 84. Conf. §. 1. I. de iis, per quos agere possumus. item Festus, loc. cit. et Interpres ad cit. L. 7. C. Th. de cognitor. et procurator.

debido pertenecerles si fuesen independientes, á menos que no las libre enteramente de su obligacion la persona de quien dependan. Mas. . . . .

(*Hic deest pagina integra.*)

§. 81. . . . . aun cuando digimos. . . . . que estaba permitido entregarle los cadáveres de los delincuentes; con todo aunque alguno entregase el cadáver de aquel que hubiese fallecido de su muerte natural, queda asimismo exento de toda obligacion.

TITULO IX.

De aquellos por quienes podemos deducir acciones en juicio.

§. 82. Cúmplenos advertir ahora que puede uno deducir las acciones en su propio nombre ó á nombre de otro, esto es, á título de *çognitor*, procurador, tutor, curador, si bien antiguamente, cuando. . . . . estaban en uso las acciones de la ley, no era lícito actuar en juicio á nombre de otro, salvo cuando fuese por el pueblo ó por la causa de la libertad.

§. 83. El nombramiento de *cognitor* para que sustituya á uno en un pleito, debe hacerse delante de la parte contraria y usando de palabras determinadas, es á saber, de las siguientes el actor: POR CUANTO YO TE RECLAMO UN FUNDO, V. gr., NOMBRO POR MI COGNITOR EN ESTE NEGOCIO A LUCIO TICIO: el demandado de estas otras: EN ATENCION A QUE TU ME RECLAMAS UN FUNDO, NOMBRO POR MI COGNITOR EN ESTE NEGOCIO A PUBLIO MEVIO. Tambien puede el actor nombrar cognitor por medio de estas palabras: QUERIENDO ENTABLAR UNA ACCION CONTRA TI, NOMBRO COGNITOR EN ESTE NEGOCIO; y por estas otras su adversario: QUERIENDO TU ENTABLAR UNA ACCION CONTRA MI, NOMBRO COGNITOR EN ESTE NEGOCIO. Y nada importa que la persona nombrada esté presente ó ausente; pero en este último caso no será cognitor sino á condicion de que llegue á su noticia el nombramiento y lo acepte.

§. 84. Por el contrario para nombrar procurador en el pleito, no hay que hacer uso de palabras determinadas; basta en efecto un simple encargo ó poder, sin necesidad de que se halle presente la parte contraria, ni de que se le participe el nombramiento. Y aun opinan algunos autores que puede darse procurador sin poder, bastando que de buena fé se encargue del negocio y dé caucion de que el dueño tendrá por firme y valedero lo que él haga; puede por consiguiente actuar en juicio sin necesidad de poder, porque este no es conocido las mas veces en los primeros procedimientos, sino despues cuando se manifiesta ante el juez.

et postea aput iudicem ostenditur. §. 85. Tutores autem et curatores quemadmodum constituantur, primo commentario rettulimus. §. 86. Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam conuertit. n*am* si uerbi gratia Lucius Titius (*pro*) Publio Maeuio agat, ita formula concipitur: SI PARET NVMERIVM NEGIDIVM PVBLIO MAEVIO SESTERTIVM X MILIA DARE OPORTERE, IVDEX NUMERIVM NEGIDIVM LVCIO TITIO SESTERTIVM X MILIA CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE. in rem quoque si agat, intendit, Publii *Maeuii* rem esse ex iure Quiritium, et condemnationem in suam personam conuertit. §. 87. Ab aduersarii quoque parte si interueniat aliquis, cum quo actio constituitur, intenditur, dominum dare oportere; condemnatio autem in eius personam conuertitur, qui iudicium accepit. sed cum in rem agitur, nihil *in* intentione facit eius persona, cum quo agitur, siue suo nomine, siue alieno aliguis iudicio interueniat: tantum enim intenditur, rem actoris esse.

§. 88. Videamus nunc, quibus ex causis is, cum quo agitur, uel hic, qui ag*i*t, satisdare (*cogitur*). §. 89. Igitur si uerbi gratia in rem tecum aga*m*, satis mihi dar*e* debes. a*e*quu*m* enim uisum est, (*te*) de eo, quod interea tibi rem, quae an a*d* te pertineat dubium (*est*), possidere conceditur, cum satisdatione mihi cauere: ut si uictus sis, nec rem ipsam restituas, nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas, aut tecum agendi, aut cum sponsoribus tuis. §. 90. Multoque magis debes satisdare mihi, si alieno nomine iudicium accipias. §. 91. Ceterum cum in rem actio duplex *sit*, aut enim per formulam petitoriam agitur, aut per sponsionem, siquidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet, quae appellatur iudicatum solui: si uero per sponsionem, illa, quae appellatur pro praede litis et uindiciarum. §. 92. Petitoria autem formula haec est, qua actor in-

§. 85. §. 2. I. de iis, per quos agere possumus. *primo commentario rettulimus.* Vid. Commentar. I. §. 144. sq.
§. 86. Conf. Theophilus, IV, 10, §. 2. item supra §. 55.
§. 87. Conf. Theophilus, loc. cit.
§. 89. *ut si uictus* etc. pr. I. de satisdat.
§. 90. cit. pr. I. de satisdat.
§. 91. *quae appellatur iudicatum solui.* Conf. cit. pr. I. de satisdat. *pro praede litis et uindiciarum.* Conf. supra §. 16. infra §. 94. item Cicero, in Verrem, Lib. I, cap. 45.
§. 92. Conf. supra §. 41. item Cicero in Verrem, Lib. II, cap. 12.

§. 85. Por lo que hace á los tutores y curadores, ya en el primer comentario espusimos de qué manera se constituyen.

§. 86. El que entabla una accion á nombre de otro, funda la pretension en la persona del dueño, y luego en la condenacion habla por sí mismo, v. gr., si Lucio Ticio vá á reclamar en lugar de Publio Mevio una obligacion, la fórmula se concibe en estos términos: SI APARECE PROBADO QUE NUMERIO NEGIDIO TIENE OBLIGACION DE DAR DIEZ MIL SESTERCIOS A PUBLIO MEVIO; JUEZ, CONDENA A NUMERIO NEGIDIO EN DIEZ MIL SESTERCIOS A FAVOR DE LUCIO TICIO: SI NO APARECE PROBADO, ABSUELVELO. Y cuando la accion es real, afirma tambien en la demanda (*intentio*) que la cosa reclamada pertenece á Publio Mevio por derecho quiritario y termina pidiendo para sí en la condenacion.

§. 87. Cuando se presenta un tercero á nombre de la parte contraria y con él se entabla la accion, tambien se sostiene en la pretension que su principal tiene obligacion de dar, pero despues la condenacion se dirige contra la tercera persona que se presentó al juicio. Mas si la accion es real, no hay alteracion ninguna que hacer en la pretension, ora sea que la persona contra quien se dirigen las actuaciones intervenga por sí en el juicio, ora lo haga á nombre de otro, porque lo único que en este caso debe sostenerse en la pretension, es que el objeto reclamado pertenece al actor.

TITULO X.

De las cauciones.

§. 88. Examinemos ahora en qué casos se obliga al demandado ó al actor á prestar caucion.

§. 89. Cuando yo, por ejemplo, entablo contra tí una accion real, puedo obligarte á que me des caucion. Ha parecido justo en efecto que tú me des caucion en este caso de conservar la cosa cuya posesion se te concede, siendo por lo menos dudoso tu derecho, para que si pierdes el pleito y no restituyes la cosa misma ó el valor de lo litigado, tenga yo facultad para proceder contra tí ó contra tus *sponsores*.

§. 90. Con mucho mas motivo debes darme caucion cuando intervengas en el juicio á nombre de otro.

§. 91. Por lo demas como la accion real es de dos maneras, pues ora reclamamos por la fórmula petitoria, ora por la estipulacion judicial (*per sponsionem*), cuando usamos del primer medio, tiene lugar la estipulacion que se llama de pagar lo juzgado (*judicatum solvi*); pero si nos valemos del segundo, entonces hacemos otra estipulacion llamada para seguridad de la cosa objeto del litigio y de sus frutos (*pro præde litis et vindiciarum*).

§. 92. La fórmula petitoria es aquella por la cual afirma el actor en la pretension que la cosa reclamada le pertenece.

tendit, rem suam esse. §. 93. Per sponsionem uero hoc modo agimus. prouocamus aduersarium tali sponsione: SI HOMO, QVO DE AGITVR, EX IVRE QVIRITIVM MEVS EST, SESTERTIOS XXV NVMMOS DARE SPONDES? deinde formulam edimus, qua intendimus, sponsionis summam nobis dar*i* oportere. qua formula ita demum uincimus, si probauerimus, rem nostram esse. §. 94. Nec tamen haec summa sponsionis exigitur. non enim poena*lis* est, sed preiudicia*lis*, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur. unde etiam his, cum *quo agitur non restipu*la*tur*. *ideo* autem appellata est pro praede litis uindiciarum stipulatio, *qui*a in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et u*in*diciis, id est, pro re et fructibus a possessor*e* petitori dabantur. §. 95. Ceterum si aput centumuiros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramento enim re*um* prouocamus; eaque sponsio sestertiorum CXXV nummorum fi*eri* solet p*ropter* legem **** ***** §. 96. Ipse autem, qui in rem agit, si suo nomine agit, satis non dat. §. 97. Ac nec si per cognitorem quidem agat*ur*, ulla satisdatio uel ab ipso, uel a domino desideratur. cum enim certis et quasi sollemnibus uerbis in locum domini substituatur cognitor, merito domini loco habetur. §. 98. Procurator uero si agat, satisdare iubetur, ratam rem dominum habiturum. periculum **enim est**, ne iterum domin*us* de eadem re experiatur. quod periculum (*non*) interuenit, si per cognitorem actum fuit. quia de *q*ua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet, quam si ipse egerit. §. 99. Tutores et curatores eo modo, quo et procur*atores*, satisdare debere, uerba edicti faciunt. sed aliquando illis satisdatio remittitur. §. 100. Haec ita si in rem agatur: si uero in personam, ab actoris quidem parte quando satisdari debeat quaerentes, eadem repetemus, quae diximus in actione, qua in rem agitur. §. 101. Ab eius uero parte, cum quo agitur, si quidem alieno nom*ine* aliquis interueniat, omnimodo satisdare debet, quia nemo alienae

§. 94. *ideo autem* etc. Conf. supra §. 16. item §. 91.

§. 95. Conf. supra §. 31. item Cicero, in Verrem, Lib. I, cap. 45. et de Oratore, Lib. I, cap. 38.

§. 96. pr. I. de satisdat.

§. 97. Conf. L. un. C. de satisdando (Diocle*t*. et Maxim.) *cum enim — — cognitor*. Conf. supra §. 83. Conf. Fragm. Vatic. §. §. 317. 333.

§. 98. Conf. cit. L. un. C. de satisdat. *Procurator — — — experiatur*. cit. pr. I. de satisdat. et Fragm. Vatic. §. §. 317. 333.

§. 99. cit. pr. I. de satisdat.

§. 100. *Haec — agatur*. cit. pr. I. de satisdat. *si uero* etc. §. 1. I. eod.

§. 101. Conf. Cicero, pro Quintio, cap. 7. Modestinus, L. 10. iudicat. solvi. *Ab — — quia nemo*. cit. §. 1. I. de satisdat. *alienae rei — intellegitur*. §. 5. I. eod. Conf. Fragm. Vatic. §. 317.

§. 93. Para reclamar por medio de la estipulacion judicial (*per sponsionem*), dirigimos á nuestro adversario la siguiente pregunta: ¿SI EL ESCLAVO DE QUE SE TRATA ME PERTENECE POR DERECHO QUIRITARIO, PROMETES DAR VEINTE Y CINCO SESTERCIOS? despues presentamos la fórmula sosteniendo en la pretension que nuestro adversario está obligado á darnos la suma de la estipulacion judicial (*sponsionis*), con cuya fórmula ganamos por fin el pleito, si conseguimos probar que el objeto en cuestion nos pertenece.

§. 94. Empero no se exige la suma de la estipulacion, porque no es penal sino prejudicial, y no se estipula con otro objeto que con el de fijar el valor de la cosa sobre que ha de recaer el juicio; por lo cual nada restipula á su vez en este caso el demandado. Llámase *pro præde litis et vindiciarum* esta estipulacion, porque ha venido á reemplazar á aquellos fiadores *pro lite et vindiciis*, esto es, por la cosa y los frutos que antiguamente, cuando estaban en uso las acciones de la ley, solian darse por el poseedor al demandante.

§. 95. Empero si la accion se ejercita ante los centumviros, no se pide la suma de la estipulacion judicial por medio de la fórmula, sino haciendo uso de una accion de la ley, porque en este caso provocamos al contrario á hacer el depósito sagrado, cuya estipulacion asciende por lo comun á CXXV sestercios segun lo dispuesto en la ley. . . . .

§. 96. Cuando la accion es real, no tiene que dar caucion el actor que obra en su propio nombre.

§. 97. Y aun en el caso de que uno se valga de cognitor para ejercitar la accion, se considera supérfluo exigir caucion ninguna á este último ni á su principal, porque sustituyendo el uno al otro en virtud de palabras determinadas y en cierto modo solemnes, no sin fundamento se cree que ocupa su mismo lugar.

§. 98. El procurador, por el contrario, si ha de ejercitar la accion, tiene que dar fianza de que el dueño tendrá por firme y valedero lo que resulte del juicio, porque es de temer en este caso que el dueño entable otra vez la misma accion, cosa que no tiene cabida cuando se trata de un *cognitor*, pues el que se vale de él, pierde el derecho de repetir de nuevo en su propio nombre, no de otra manera que si ya lo hubiese ejecutado.

§. 99. Los tutores y curadores deben dar caucion de la misma manera que los procuradores segun el edicto del pretor; pero algunas veces se les dispensa de esta obligacion.

§. 100. Todo esto debe entenderse si procedemos en virtud de accion real; y cuanto hemos dicho respecto de esta accion lo aplicamos igualmente á la personal, para determinar los casos en que debe prestar caucion la parte actora.

§. 101. Mas por lo que hace al demandado por accion personal, siempre debe darse caucion por su parte, cuando intervenga en su lugar un tercero, porque á ninguno se le considera

rei sine satisdatione defensor idoneus intellegitur: sed siquidem cum *cognito*re agatur, dominus satisdare iubetur; si uero cum procuratore, ipse procurator. idem et de tutore et de curatore iuris est. §. 102. Quodsi proprio nomine aliquis iudicium *accipiat* in personam, certis ex causis satisdari solet, qua*s* ipse Praetor significat. quarum satisdationum duplex causa est: nam aut propter genus actionis satisdatur, aut pro*pter* persona*m* quia suspecta sit. propter genus actionis: uelut iudicati depensiue, aut cum de moribus mulieris agetur. propter personam: uelut si cum eo agitur, qui decoxerit, cuiusue bona a creditoribus possessa proscriptaue sunt; siue cum eo herede agatur, quem Praetor suspectum aestimauerit.

§. 103. Omnia autem iudicia aut legitimo iure consistunt, aut imperio contin*e*ntur. §. 104. Legitima sunt iudicia, quae in urbe Roma, uel int*ra* primum urbis Romae miliarium, inter omnes cives Romanos, sub uno iudice accipiuntur: eaque lege Iulia iudicia*ria*, nisi in anno et sex mensibus iudicata fuerint, expirant. et hoc est, quod uulgo dicitur, e lege Iulia litem anno et sex mensibus mori. §. 105. Imperio uero continentur recuperatoria, et quae sub uno iudice accipiuntur interueniente peregrini persona iudicis aut litigatoris. in ea*dem* causa sunt, quaecumque extra primum urbis Romae miliarium *t*am inter ciues Roman*os*, quam inter peregrinos accipiuntur. ideo autem imperio contineri iudicia dicuntur, quia tamdiu ualent, quamdiu is, qui ea praecepit, imperium habebit. §. 106. Et siquidem imperio continenti iudicio actum fuerit, siue in rem, siue in personam, siue ea formula, (*quae*) in factum concepta est, siue ea, quae in ius habet intentionem, postea nihilominus ipso iure de eadem re agi potest. et ideo necessaria est exceptio rei iudicatae, uel in iudicium deductae. §. 107. At uero (*si*) legitimo iudicio in personam actum sit ea formula, quae iuris ciuilis habet

§. 102. *Quodsi — — solet.* cit. §. 1. I. de satisdat. *uelut iudicati depensiue.* Conf. supra §. 25. *cuiusue bona a creditoribus possessa proscriptaue sunt.* Conf. Cicero, pro Quintio, cap. 8. Vlpianus, L. 33. §. 1. de reb. auctor. jud. possid. *siue cum eo* etc. Conf. Vlpianus, L. 31. eod.

§. 103. Conf. supra Commentar. III. §. 181. et huj. Commentar. §. 80. Legitimi judicii mentionem facit Vlpianus, Fragm. XI, §. 27.

§. §. 104. 105. Conf. infra §. 109.

§. §. 106. 107. Conf. supra Commentar. III. §. 181.

defensor idóneo de los intereses de otro, si no media una caucion. Esta debe darla el dueño, cuando es *cognitor* el tercero que lo representa; mas si fuere procurador, debe prestarla el mismo procurador. Idénticas disposiciones rigen respecto de los tutores y curadores.

§. 102. Cuando el demandado se defiende por sí mismo en la accion personal, tiene que dar caucion en ciertos casos que el mismo pretor designa atendiendo á dos circunstancias, es á saber: ó á la clase de accion entablada ó á la persona misma del demandado porque sea sospechosa. A la clase de accion, como sucede en las acciones llamadas de lo juzgado (*judicati*), de lo gastado (*depensi*), ó cuando se trata de las costumbres de una mujer: y á la persona, como cuando se procede contra un fallido ó contra aquel cuyos bienes se hallan retenidos y puestos en subasta por sus acreedores, ó bien contra un heredero que el pretor hubiese declarado sospechoso.

TITULO XI.

De los juicios legítimos.

§. 103. Los juicios todos ú obtienen su fuerza y validez de la ley (*aut legitimo jure consistunt*), ó de la autoridad de los magistrados (*aut imperio continentur*).

§. 104. Son legítimos ó fundados en la ley los juicios que se siguen entre ciudadanos romanos por ante un solo juez y dentro de la ciudad de Roma ó de sus alrededores hasta la distancia de una milla. Estos juicios se acaban, segun la ley Julia judiciaria, si no se fallan en el espacio de un año y seis meses, de donde proviene el dicho vulgar de «que los pleitos mueren por la ley Julia al año y seis meses.»

§. 105. Por el contrario provienen ó se apoyan en la autoridad de los magistrados los juicios seguidos por ante recuperadores y aun aquellos en que solo intervenga un juez, cuando éste ó alguno de los litigantes fuese extranjero. A la misma clase pertenecen los que se celebran fuera de Roma y de una milla en circuito, ora sea entre ciudadanos romanos, ora entre extranjeros. Y se dice de estos juicios que están fundados en la autoridad, porque en tanto valen en cuanto la conserva el magistrado que los mandó.

§. 106. Y así es que cuando en tales juicios se ha entablado una accion, bien sea real, bien personal, y ora se use de la formula (*in jus concepta*), ora de la (*in factum concepta*), se puede no obstante hacer despues nueva reclamacion sobre la misma cosa por igual concepto; en cuyo caso es necesario oponer la escepcion de cosa juzgada ó de pleito pendiente.

§. 107. Por el contrario despues de haber ejercitado una accion personal en juicio legítimo por medio de una fórmula,

intentionem, postea ipso iure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio superuacua est. si uero uel in rem, uel in factum actum fuerit, ipso iure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei iudicatae, uel in iudicium deductae. §. 108. Alia causa fuit olim legis actionum. nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat: nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. §. 109. Ceterum potest ex lege quidem esse iudicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse: uerbi gratia (*si*) ex lege Aquilia, uel Ouinia, uel Furia in prouinciis agatur, imperio continebitur iudicium: idemque iuris est et si Romae aput recuperatores agamus, uel aput unum iudicem interueniente peregrini persona. et ex diuerso si ex ea causa, ex qua nobis edicto Praetoris datur actio, Romae sub uno iudice inter omnes ciues Roman*os* accipiatur iudicium, legitimum est.

§. 110. Quo loco admonendi *su*mus, eas quidem actiones, quae ex lege senatusue consultis proficiscuntur, perpetuo solere Praetorem accommodare: eas uero, quae ex propria ipsius iurisdictione pendent, plerumque infra annum dare. §. 111. Aliquando tamen **praetoriae actiones** imitantur ius legitimum: quales sunt eae, quas **bonorum posse**ssoribus ceterisque, **qui** heredis loco sunt, **accommodat. fur**ti quoque manifesti actio, quamuis ex ipsius Praetoris iurisdiction*e pro*ficiscatur, perpetuo datur: et merito, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.

§. 112. Non omnes actiones, quae in ali**quem aut ipso iure com**petunt, aut a Praetore dantur, etiam in heredem **aeque competunt, aut da**ri solent. est enim certissima iuris regula, ex malefici*is* poenales actiones in heredem nec competere **********; uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae:

§. 109. Conf. §. §. 104. 105.
§. 110. pr. I. de perpet. et temporal. act.
§. 111. *Aliquando — — — perpetuo datur.* cit. pr. I. de perpet. et temporal. act. *et merito* etc. Conf. Theophilus, ad cit. pr. I.
§. 112. §. 1. I. de perpet. et temporal. act. *est enim certissima — — — damni iniuriae.* Conf. L. 111. §. 1. de reg. jur. (ex Nostri Commentar. ad Edict. prov.)

cuya pretension está fundada en el derecho civil, no puede reclamarse segunda vez la misma cosa por el mismo título, siendo por tanto inútil la escepcion en este caso. Mas si la accion es real ó se reclama por medio de una fórmula (*in factum concepta*), entonces puede ser reproducida la misma accion, y es por consiguiente necesaria la escepcion de cosa juzgada ó de pleito pendiente.

§. 108. No sucedia lo mismo antiguamente con las acciones de la ley, pues una vez entablada la reclamacion de la cosa, no se admitia despues nueva demanda por el mismo concepto, ni se hacia uso ninguno de las escepciones como en la actualidad.

§. 109. Por lo demas puede suceder muy bien que un juicio estribe en la ley y sin embargo no sea legítimo, y por el contrario ser legítimo sin derivarse de la ley. Por ejemplo, los juicios fundados en la ley Aquilia, en la Ovinia ó en la Furia no son legítimos si se siguen en las provincias, sino que corresponden á los fundados en la autoridad de los magistrados, y lo mismo sucede aunque se sustancien en Roma si es ante recuperadores, ó si, aun siendo ante un juez solo, interviene en ellos algun extranjero. Y por el contrario aunque la accion no nazca de la ley sino del edicto del pretor, será legítimo el juicio como se celebre en Roma ante un solo juez y entre ciudadanos romanos sin que intervenga ningun extranjero.

TITULO XII.

De las acciones perpétuas y temporales y de las que pasan á los herederos y contra ellos.

§. 110. Esta es la ocasion de advertir que las acciones emanadas de la ley ó de los senado-consultos suele concederlas el pretor perpetuamente, al paso que las nacidas de su propia jurisdiccion no las dá comunmente sino dentro del año de su magistratura.

§. 111. Algunas veces, sin embargo, las acciones pretorias se asemejan á las legítimas, por ejemplo: las que el pretor concede á los poseedores de los bienes y á las demas personas que hacen las veces de herederos; y tambien la accion de hurto manifiesto que aunque pretoria por su orígen dura perpetuamente, lo cual es bien fundado, si se atiende á que en este caso ha sido reemplazada una pena capital por otra simplemente pecuniaria.

§. 112. No todas las acciones que las leyes conceden ó se dan contra alguno, competen ó se dan tambien contra su heredero, porque es una regla constante en derecho que las acciones penales procedentes de los delitos no pueden dirigirse contra el heredero. . . . . Tales son, por ejemplo, las acciones de hurto (*furti*), robo (*vi bonorum raptorum*), inju-

sed *heredibus* actoris huiusmodi actiones comp*etunt*, nec denegantur, excepta iniuriarum actione, et si qua alia similis inueniatur actio. §. 113. Aliquando tamen (*etiam*) ex contractu actio neque heredi, neque in heredem competit. nam adstipulatoris heres non habet actionem; *et* sponsoris *et* fidepromissoris heres non tenetur.

§. 114. Superest, ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is, cum quo agitur, post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conueniat: utrum absoluere; an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuit, ut damnari debeat. nostri praeceptores absoluere eum debere existimant: nec interes*se*, cuius generis *fuer*it iudicium. et hoc est, quod uolgo dicitur, Sabino et Cassio placere, omnia iudicia esse absolutoria. ** idem sentiunt ** in ****** iudiciis liberum est officium iudicis. tantumdem — — — rem actionibus putant — — — — — — — — — — — — — — ad sol ******************* **************** quibus ** — — — — petentur et ad — — — — — — ** in*ter*dum ******** ************************* — — — — — — — — — — — — — — nobi*s* — — — — — petimus his — — — — — — — — — — — actori quam ********************** ********* — — — — — — — — paratu *** actori ***************************** ex ************************ ************ — — — — — — — — actum fuit. — — — — — — — — §. 115. Sequitur ut de exceptionibus dispiciamus.

§. 116. Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. saepe enim accidit, u*t* quis iure ciuili teneatur, sed iniquum sit, eum iudicio condemnari. uelut (*si*) stipulatus sim a te pecuniam tamquam credendi causa numeraturus, nec numerauerim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet, per exceptionem doli mali te defendi debere. item si pactus fuero tecum, ne id, quod mihi debeas, a te petam, nihilominus

§. 113. *Aliquando — competit.* cit. §. 1. I. de perpet. et temporal. act. *adstipulatoris — actionem.* Conf. supra Commentar. III, §. 114. *sponsoris — tenetur.* Conf. ejusd. Commentar. §. 120.
§. 114. *Superest — — — absolutoria.* §. 2. I. de perpet. et temporal. act.
§. 115. pr. I. de except.
§. 116. *Comparatae — — — iudicio condemnari.* cit. pr. I. de except. *uelut si — — — defendi debere.* §. 2. I. eod. *item si pactus fuero* etc. Conf. §. 3. I. eod.

rias (*injuriarum*) y daño causado injustamente (*damni injuriae*). Sin embargo, estas acciones competen, y el pretor no las niega, á los herederos del actor, salvo la de injurias y alguna otra semejante.

§. 113. Empero algunas veces aunque la accion provenga de un contrato, no compete al heredero ni contra él. En efecto, la accion no pasa al heredero del adstipulador, ni puede ejercerse contra el heredero del *sponsor* ni del *fidepromisor*.

TITULO XIII.

Si todos los juicios deben llamarse absolutorios.

§. 114. Ahora nos queda que examinar lo que deberá hacer el juez cuando, sin haber fallado todavía, satisface el demandado al actor despues de entablado el pleito; es decir, si deberá absolver ó mas bien condenar, atendiendo á que el demandado, cuando reconoció la jurisdiccion sometiéndose al juicio, se encontraba en el caso de ser condenado. Nuestros maestros opinan que el juez debe absolver en este caso, cualquiera que sea la clase del juicio entablado, y por eso se dice vulgarmente que Sabino y Casio querían la absolucion en todos los juicios. . . .
. . . . opinan lo mismo. . . . . .
. . . . en . . . . juicios, queda al arbitrio del juez. . . . .
. . . .

(*Hic fere pagina integra desideratur.*)

TITULO XIV.

De las escepciones.

§. 115. Síguese que tratemos ahora de las escepciones.

§. 116. Las escepciones se han introducido en defensa de aquellos contra quienes se dirige la accion, porque frecuentemente acontece que es contrario á la equidad condenar en juicio á una persona, por mas que aparezca obligada por derecho civil. Sirva de ejemplo el caso en que yo, v. gr., estipulare de tí el pago de un préstamo que estuve á punto de hacerte, pero que no se realizó ni tú recibiste por consiguiente la suma que ya habias prometido pagar. Que yo puedo reclamarte dicha suma, es indudable, porque en virtud de lo estipulado has contraido obligacion de satisfacerla; mas tambien sería contrario á la equidad que se te condenase bajo tal concepto, y hé aquí porque se ha creido conveniente decidir que puedas defenderte oponiendo á la pretension del actor la escepcion de dolo malo. De la misma manera si hubiéremos pactado que yo no he de reclamarte en

id ipsum a te petere possum dare mihi oportere, quia obligatio pacto conuento non tollitur: sed placet, debere me petentem per exceptionem pacti conuenti reppelli. §. 117. In his quoque actionibus, quae (*non*) in personam sunt, exceptiones locum habent. uelut si metu me coegeris, aut dolo induxeris, ut tibi rem aliquam mancipio d*a*rem **** si * eam rem a me petas, datur mihi exceptio, per quam, si metus causa te fecisse uel dolo malo arguero, repelleris. item si fundum litigiosum sciens a non possidente emeris, eumque a possidente petas, opponitur tibi exceptio, per quam omnimodo summoueris. §. 118. Exceptiones autem alias in edicto Praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat. quae omnes uel ex legibus, uel ex his, quae legis uicem optinent, substantiam capiunt, uel ex iurisdictione Praetoris proditae sunt. §. 119. Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quia adfirmat is, cum quo agitur. nam si uerbi gratia re*u*s dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numerauit, sic exceptio concipitur: SI IN EA RE NIHIL DOLO MALO AVLI AGERII FACTVM SIT, NEQVE FIAT. item si dicantu*r* contra pactionem pecunia peti, ita concipitur exceptio: SI INTER AVLVM AGERIVM ET NVMERIVM NEGIDIVM NON CONVENIT, NE EA PECVNIA PETERETVR. et denique in ceteris causis similiter concipi *s*olet. ideo scilicet, quia omn*i*s exceptio obiicitur quidem a reo, sed ita formulae inseritur, ut condicionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter iud*ex* eum, cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re, **qua** de agitur, dolo actoris factum sit; item ne aliter iudex eum condemnet, quam si nullum pactum conuent*um de* non petenda pecunia factum erit.

§. 120. Dicuntur autem exceptiones aut peremptoriae, aut dilatoriae. §. 121. Peremptoriae sunt, quae perpetuo ualent, nec euitari possunt: uelut quod metus causa, aut dolo malo, aut quod contra legem senatusue consult*um* factum est, aut quod res iudicata est, uel in iudicium deducta est; item pacti conuenti, quo pactum est, ne omnino pecunia peteretur. §. 122. Dilatoriae sunt exceptiones, quae ad tempus nocent. ueluti illius pacti conuenti, quod factum est uerbi gratia, ne intra quinquennium peteretur: finito enim eo tempore non habet lo-

§. 117. Conf. §. §. 4. 1. I. de except. *item si fundum litigiosum*; etc. Conf. Fragm. de Iure Fisci §. 8.

§. 118. *quae omnes* etc. §. 6. I. de except.

§. 120. Conf. §. 7. I. de except.

§. 121. Conf. L. 3. de except. (ex Nostri Commentar. ad Edict. prov.) item §. 8. I. de except.

§. 122. *Dilatoriae* — — — *non habet locum exceptio.* Conf. §. 9. I. de except. item cit. L. 3. de except. *nam si quis* — — — *litis diuiduae.* Conf. supra §. 56.

juicio la suma que me debas, podré no obstante hacerlo y sostener que tienes obligacion de pagarme, porque, en efecto, no pueden disolverse las obligaciones por los pactos que se les agreguen; empero se ha creido equitativo que si yo entablo la reclamacion en juicio, puedas tú oponerme la escepcion de pacto añadido (*pacti conventi*).

§. 117. Tambien tienen lugar las escepciones en aquellas acciones que no se dirigen contra la persona: v. gr., si con miedo ó dolo me induces á que te dé una cosa en mancipio. . . . . se me concede, caso que la reclames, una escepcion, mediante la cual rechazo tu accion si consigo probar que ha intervenido en efecto miedo ó dolo. Igualmente si compras un fundo sabiendo que hay litigio sobre él y sales reclamándolo del poseedor, se te opondrá una escepcion que destruirá en todo caso tu accion.

§. 118. Hay escepciones que desde luego las tiene ya propuestas el pretor en su edicto, y otras que las concede posteriormente y con conocimiento de causa. Tanto unas como otras tienen su fundamento, ora en la ley ó en lo que obtiene sus veces, ora en la misma jurisdiccion del pretor.

§. 119. Las escepciones se han de proponer todas en sentido contrario á lo que el mismo demandado pretenda afirmar en ellas. Si, por ejemplo, quiere oponer al actor la escepcion de dolo malo porque le reclama como prestada realmente una suma que no llegó á entregarle, debe proponerla en estos términos: SI EN ESTE NEGOCIO NO HA INTERVENIDO NI INTERVIENE DOLO MALO POR PARTE DE AULO AGERIO. Tambien si se quiere oponer la escepcion de dinero reclamado contra lo convenido en un pacto, se hace de este modo: SI ENTRE AULO AGERIO Y NUMERIO NEGIDIO NO HA MEDIADO CONVENIO DE QUE NO SE RECLAMARIA ESTA SUMA. Igualmente las escepciones suelen proponerse del mismo modo en todos los demas casos: la razon es porque si bien las propone siempre el reo, se insertan en la fórmula de tal manera que convierten en condicional la condenacion, y lo que vienen a decir es que solo en el caso de que no haya intervenido dolo por parte del actor, ó de que falte el pacto de no reclamar judicialmente el dinero, sea cuando el juez condene al demandado.

§. 120. Divídense las escepciones en perentorias y dilatorias.

§. 121. Son perentorias las que tienen fuerza y valor en cualquier tiempo que se propongan y deben ser siempre admitidas, como la de miedo, dolo malo, cosa hecha contra una ley ó senado-consulto, cosa juzgada ó en litis-pendencia y tambien la de pacto de no pedir, cuando se ha convenido en que nunca se reclamaría judicialmente el dinero.

§. 122. Las dilatorias son aquellas que surten su efecto con tal que se opongan dentro de cierto tiempo, como la de pacto de no pedir durante cinco años por ejemplo, la cual deja de te-

cum exceptio. cui similis exceptio est litis diuiduae et rei residuae. nam si quis partem rei petierit, et intra eiusdem praeturam reliquam partem petat, hac exceptione summouetur, quae appellatur litis diuiduae. item si is, qui cum eodem plures lites habebat, de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios iudices *****, si intra eiusdem praeturam de his, quae ita distulerit, agat, per hanc exceptionem, quae appellatur rei residuae, summouetur. §. 123. Obseruandum est autem ei, cui dilatoria obiicitur exceptio, ut differat actionem: alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit. nec enim post illud tempus, quo integrare, euitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest, re in iudicium deducta et per exceptionem perempta. §. 124. Non solum autem ex tempore, sed etiam ex persona dilatoriae exceptiones intelleguntur. quales sunt cognitoriae: uelut si is, qui per edictum cognitorem dare non potest, per cognitorem agat; uel (*si quis*) dandi quidem cognitoris ius habeat, sed eum det, cui non licet cognituram suscipere. nam si obiiciatur exceptio cognitoria, si ipse talis *sit*, ut ei non liceat cognitorem dare, ipse agere potest: si uero cognitori non liceat cognituram suscipere, per alium cognitorem, aut per semet ipsum liberam habet agendi potestatem, et tam hoc, quam illo modo euitare (*potest*) exceptionem. quodsi dissimulauerit e*a*m et per cognitorem *eger*it*, *rem perdiit** §. 125. Semper peremptoria quidem exceptio n*ocet*; i*deoque si reus ea* non fu*er*it usus, in integrum restitui*tur recuperan*dae exceptionis gratia: dilatoria uero si non *f*u*erit* u*s*u*s*, an in integrum restitu*a*tur, quaeritur.

§. 126. Interdum euenit, ut exceptio, quae prima facie iusta uideatur, inique noceat actori. quod cum accid*i*t, alia adiectione opus est adiuuandi actoris gratia: quae adiectio replicatio

§. 123. Conf. §. 10. I. de except.
§. 124. Conf. §. 11. I. de except. et cit. L. 3. de except. item Auctor ad Herenn., Lib. II, cap. 13. Quintilianus, Institut. orator. Lib. III, cap. 6, §. 71. Paulus, Sent. recept. I, 2. §. §. 1—3. Conf. Fragm. Vatic. §. §. 323. 324.
§. 126. *Interdum — — — ex posteriore pacto.* pr. I. de replicat.

ner valor pasado este término. Semejantes á esta son las escepciones llamadas de pleito dividido (*litis dividuæ*) y de negocio diferido (*rei residuæ*). En efecto, si alguno despues de reclamada judicialmente parte de una cosa, reclamase el resto durante la misma pretura, es rechazado por la escepcion nombrada de pleito dividido (*litis dividuæ*). Del mismo modo cuando uno que tiene muchos pleitos con otro, prosiguiere unos y difiriere otros para que á diferentes jueces. . . . . si despues quiere continuar los que difirió antes de concluir aquella pretura, se le rechaza por la escepcion dicha de negocio diferido (*rei residuæ*).

§. 123. No obstante, es indispensable advertir al actor, contra quien se interpone una escepcion dilatoria, que difiera su accion, porque de otro modo, si aun despues de opuesta la escepcion se obstina en continuarla, pierde el pleito y ya no le queda accion para reclamar de nuevo, aunque quisiese hacerlo á su tiempo y en circunstancias oportunas, cuando ya la escepcion careciese de fuerza; porque se le objetaría que el negocio habia sido ya puesto en tela de juicio y terminado.

§. 124. Las escepciones se consideran como dilatorias no solo por razon del tiempo, sino tambien con relacion á las personas. Tales son las llamadas cognitorias; por ejemplo, si entabla la accion por medio de *cognitor*, quien, segun el edicto del pretor, no puede nombrarlo; ó si aunque tenga derecho para ello, escoge á una persona legalmente incapacitada para ejercer este cargo. Porque en el primer caso, opuesta la escepcion cognitoria, quedará escluido el *cognitor*, pero podrá entablar la accion por sí mismo el que indebidamente le nombró; y en el segundo caso tiene libre facultad para escoger otro *cognitor* ó entablar por sí mismo la accion, eludiendo la escepcion por cualquiera de estos dos medios. Pero si prescindiendo de ella se obstina en seguir los procedimientos por medio del *cognitor*, entonces pierde el pleito.

§. 125. Las escepciones perentorias producen siempre su efecto, cualquiera que sea el tiempo y circunstancias en que se interpongan; y por consiguiente si el demandado no hubiere hecho uso de ellas, no pierde por eso su derecho, y puede interponerlas siempre mediante la restitucion *in integrum*, la cual es dudoso que pueda tener lugar respecto de las escepciones dilatorias no propuestas á su debido tiempo.

TITULO XV.

De las réplicas, dúplicas, etc.

§. 126. Sucede á veces que las escepciones infieren perjuicios indebidos al actor, por mas que á primera vista puedan parecer muy justas, y en este caso se admite en beneficio de aquel

uocatur, quia per eam replicatur atque resoluitur ius exceptionis. nam si uerbi gratia pactus sim tecum, ne pecuniam, quam mihi debes, a te peterem, deinde postea in contrarium pacti simus, id est, ut petere mihi liceat, et, si agam tecum, excipias tu, ut ita demum mihi condemneris, si non conuenerit, ne eam pecuniam peterem; nocet mihi exceptio pacti conuenti, namque nihilominus hoc uerum manet, etiamsi postea in contrarium pacti simus: sed quia iniquum est, me excludi exceptione, replicatio mihi datur ex posteriore pacto *hoc* modo: SI NON POSTEA CONVENERIT, VT EAM PECVNIAM PETERE LICERET. item si argentarius pretium rei, quae in auctione uenierit, persequatur, obiicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur, si ei res, quam emerit, tradita *sit*; **quae quidem* est* iusta exceptio: sed si in auctione praedictum est, ne ante emptori traderetur res, quam si pretium soluerit, replicatione tali argentarius adiuuatur: NISI PRAEDICTVM EST, NE ALITER EMPTORI RES TRADERETVR, QVAM SI PRETIVM EMPTOR SOLVERIT. §. 127. Interdum autem euenit, ut rursus replicatio, quae prima facie iusta sit, inique reo noceat. quod cum accidit, adiectione opus est adiuuandi rei gratia, quae duplicatio uocatur. §. 128. Et si rursus ea prima facie iusta uideatur, sed propter aliquam causam inique actori noceat, rursus adiectione opus est, qua actor adiuuetur, quae dicitur triplicatio. §. 129. Quarum omnium adiectionum usum interdum etiam ulterius, quam diximus, uarietas negotiorum introduxit.

§. 130. Videamus etiam de praescriptionibus, quae receptae sunt pro actore. §. 131. Saepe enim ex una eademque obligatione aliquid iam praestari oportet, aliquid in futura praestatione est. uelut cum in singulos annos, uel menses certam pecuniam

§. 127. §. 1. I. de replicat.
§. 128. §. 2. I. de replicat.
§. 129. §. 3. I. de replicat.
§. 130. *Quae receptae sunt pro actore.* Conf. infra §. 133.
§. 131. EA RES AGATVR. Conf. Cicero de Finibus, Lib. II, cap. 1. (Imprimis inspicienda est Davisii editio) CVJVS REI DIES FVIT. Conf. Cicero, de Oratore, Lib. I, cap. 37.

una nueva instancia que se llama réplica, porque en ella se contradice y destruye la justicia de la escepcion. En efecto, si yo pacto contigo, v. gr., que no he de reclamarte el dinero que me debes, y despues pactamos lo contrario, es decir, que me sea lícito pedírtelo en juicio, y entablando yo la accion me opones la escepcion conveniente para que solo se te condene en el caso de no haber mediado el pacto de no reclamarte judicialmente el dinero, no hay duda ninguna en que esta escepcion me perjudica, porque es verdad lo que en ella se alega, no obstante que hayamos celebrado despues pacto en contrario. Pero como no sería conforme á la equidad que por la escepcion propuesta quedase yo escluido del juicio, se me concede una réplica fundada en el último pacto y concebida en estos términos: SI POSTERIORMENTE NO SE HUBIERE CONVENIDO EN QUE SE PODRIA RECLAMAR ESTE DINERO EN JUICIO. Tambien cuando un banquero ó cambista (*argentarius*) reclama el precio de una cosa vendida en pública subasta, puede oponerse escepcion por el comprador á fin de que solo en el caso de habérsele entregado la cosa se le condene á pagar el precio, sin que pueda ponerse en duda la justicia de esta escepcion. Mas si en la subasta se habia prevenido de antemano que no se entregaría la cosa al comprador sin que pagase el precio, puede el banquero ó cambista (*argentarius*) oponer á la escepcion la siguiente réplica: SI NO SE HUBIESE ANUNCIADO DE ANTEMANO QUE LA COSA NO SE ENTREGARIA AL COMPRADOR SINO CUANDO PAGASE EL PRECIO.

§. 127. Con todo, sucede tambien que una réplica justa al parecer puede á su turno ocasionar al reo perjuicios indebidos, en cuyo caso se le concede una contra-réplica que se llama dúplica.

§. 128. Y si la dúplica á su vez pareciese justa al primer golpe de vista, pero por algun motivo ocasiona al actor perjuicios contrarios á la equidad, tiene éste á su favor una segunda réplica llamada tríplica.

§. 129. La variedad de los negocios ha hecho que en ciertos casos se hayan introducido mas réplicas y contra-réplicas todavía que las mencionadas.

TITULO XVI.

De las advertencias ó prevenciones que deben hacerse antes de la fórmula (de prescriptionibus).

§. 130. Ocupémonos ahora de las advertencias ó prevenciones que en ciertos casos debe hacer el actor.

§. 131. Sucede con frecuencia que el importe total de una sola obligacion no se debe todo de una vez, sino parte en un tiempo, parte en otro posterior. Así acontece, por ejemplo, cuando se estipula que se ha de pagar cierta suma de dinero cada año ó

stipulati fuerimus: nam finitis quibusdam annis, aut mensibus, huius quidem temporis pecuniam praestari oportet, futurorum autem annorum sane quidem obligatio contracta intellegitur, praestatio uero adhuc nulla est. si ergo uelimus id quidem, quod præstari oportet, petere et in iudicium educere, futuram uero obligationis praestationem in incerto relinquere, necesse est, ut cum hac praescriptione agamus: EA RES AGATVR, CVIVS REI DIES FVIT. alioquin si sine hac praescriptione egerimus ea scilicet formula, qua incertum petimus, *cuius* in*ten*t*io* his uerbis concepta est: QVIDQVID (OB) EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET, totam obligationem, id est, *e*t*ia*m *futuram* in hoc iudicium *dedu*ci*mu*s et *********** ———— ———— ———— ———— *************************** ************ *ite*m si uerbi gratia ex empto agamus, *ut* nob*is* fund*us* mancipio detur, debemus *ita praescr*ib*ere*: EA RES AGATVR DE FVNDO MANCIPANDO: *ut* postea, si ue*li*m*u*s uacuam possessionem nobis trad*i, *de** trad*enda* ———— ———— ———— ———— ******* totius illius iuris obligatio, i*ta concep*ta actione: QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET, *per* in*ten*tion*em* consumitur: ut postea nobis agere uolen**tibus de** uacua possessione tradenda nulla supersit actio. §. 132. Praescr*iption*es *autem* appellatas esse ab eo, **quod a**nte formulas praescrib*u*ntur, plus quam manifestum est. §. 133. Sed *h*is quidem temporibus, sicut supra quoque dixi*m*us, omnes praescriptiones ab actore proficiscuntur. olim au*tem* quaedam et pro reo opponebantur. qualis illa er*a*t praescriptio: EA RES AGATVR, QVOD PRAEIVDICIVM HEREDITATI NON FIAT: q*u*ae nunc in speciem exceptionis deducta est, et locum habet, cum petitor hereditatis alio *genere* iudicii praeiudicium *heredita*ti faciat; uelut cum ———————— *iniquum* —————

———— ———— ———— ———— ************ ******************** §. 134. *inten*tione formulae det*ermina*t*ur* i*s*, cui dare oportet; et sane domino dare oportet, quod seruus stipulatur. at in praescriptione de pacto quaeritur, quod secundum naturalem significationem uerum esse debet. §. 135. Quae*cum*que autem diximus de seruis, eadem de ceteris quoque perso-

§. 133. *Sicut supra quoque diximus.* Vid. §. 130. *Omnes præscriptiones ab actore proficiscuntur.* Conf. Cicero, de Oratore, Lib. I, cap. 37. QVOD PRAEIVDICIVM etc. Conf. Gajus noster L. I. §. 1. fam. hercisc. (ex ipsius Commentar. ad Edict. prov.) Iulanus, L. 13. de except. Vlpianus, L. 25. §. 17. de hered. petit. Africanus, L. 16. et L. 18. de except. Praeterea conferenda est. L. 12. pr. C. de petit. heredit. (Iustinian.)

§. §. 134—144. Conf.: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeben von Savigny, Euchhorn und Goeschen. Tom. III. pag. 140—146. Maffei, Opuscoli ecclesiastici. pag. 90. Nouveau Traité de Diplomatique. Tom. III. pag. 208.

cada mes, porque es indudable que hay obligacion de satisfacer las cuotas correspondientes á cada mes ó año, vencidos que sean estos plazos; pero no es menos cierto que aunque contraida ya la obligacion respecto de los no vencidos, no hay sin embargo derecho para exigirlos todavía. En este supuesto si queremos pedir y deducir en juicio lo que ya se nos debe, dejando á lo que aun no ha cumplido su carácter incierto, es preciso que al entablar la accion acompañe á la fórmula una prevencion (*praescriptio*) concebida en estos términos: TRATESE DE AQUELLA COSA CUYO PLAZO ESTA VENCIDO; porque si omitiendo esta prevencion usáramos de la fórmula que nos sirve para reclamar las cosas indeterminadas, fórmula cuya pretension es así: CUANTO POR ESTA CAUSA TENGA OBLIGACION DE DAR Ó HACER NUMERIO NEGIDIO EN FAVOR DE AULO AGERIO, resultaría que deducimos en este juicio toda la obligacion, es decir, aun la no vencida, y. . . . .

. . . . De la misma manera, cuando en virtud de compra, v. gr., reclamamos que se nos mancipe un fundo, debe acompañar á la reclamacion la prevencion siguiente: TRATESE DE LA MANCIPACION DEL FUNDO, á fin de que si queremos despues que se nos dé la simple posesion. . . . .

. . . . *porque* la pretension comprende toda la obligacion cuando *simplemente* se halla concebida la accion en estos términos: CUANTO POR ESTA CAUSA TENGA OBLIGACION DE DAR Ó HACER NUMERIO NEGIDIO EN FAVOR DE AULO AGERIO, y de tal manera que no nos queda ya ninguna accion si queremos despues reclamar judicialmente que se nos entregue la nuda posesion.

§. 132. Es muy fácil echar de ver que las prevenciones (*praescriptiones*) se llaman así, porque se escriben antes que las fórmulas, las preceden en lo escrito (*ante formulas praescribuntur*).

§. 134. Todas las prevenciones las propone ahora el actor, como hemos dicho antes; pero en otro tiempo habia algunas que correspondian al demandado. Tal era, por ejemplo, la siguiente: TRATESE DE AQUELLA COSA QUE NO CAUSE PERJUICIO A LA HERENCIA, prevencion que se ha convertido en una especie de escepcion, y tiene lugar cuando el que reclama la herencia la perjudica en un juicio de otra clase; como si por ejemplo. . . . .

(*Hic pagina integra deest.*)

§. 134. . . . . por la pretension se determina en la fórmula aquel á quien debe darse, y ciertamente hay obligacion de dar al dueño lo que el esclavo estipula. Mas en la prevencion se trata de un pacto que debe ser verdadero segun su significacion natural.

§. 135. Cuanto hemos dicho acerca de los esclavos, debe en-

nis, quae nostro iuri subiectæ sunt, dicta intellegemus. §. 136. Item admonendi sumus, si cum ipso agamus, qui incertum *pro*miserit, ita nobis formulam esse propositam, ut praescriptio inserta sit formula*e* loco demonstrationis, hoc modo: IVDEX ESTO. QVOD AVLVS AGERIVS DE NVMERIO NEGIDIO INCERTVM STIPVLATVS EST, CVIVS REI DIES FVIT, QVIDQVID OB EAM REM NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTET et reliqua. §. 137. Si cum sponsore aut fideiussore agatur, praescribi solet in persona quidem sponsoris hoc modo: EA RES AGATVR, QVOD AVLVS AGERIVS DE LVCIO TITIO INCERTVM STIPVLATVS EST, QVO NOMINE NVMERIVS NEGIDIVS SPONSOR EST, CVIVS REI DIES FVIT; in persona uero fideiussoris: EA RES AGATVR, QVOD NVMERIVS NEGIDIVS PRO LVCIO TITIO INCERTVM FIDE SVA ESSE IVSSIT, CVIVS REI DIES FVIT: deinde formula *s*ubii*c*itur.

§. 138. Superest, ut de interdictis dispiciamus.

§. 139. Certis igitur ex causis Praetor aut Proconsul principaliter auctoritatem suam finiendis controuersiis p*rae*ponit. quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur. et in summa aut iubet aliquid fieri, aut fieri prohibet. formulae autem uerborum et conceptiones, quibus in ea re utitur, interdicta dec*retaue* uocantur. §. 140. *Vocantur* autem decreta, cum fieri ali*qu*id iubet, uelut cum praecipit, ut aliquid exhibeatur, aut restituatur: interdicta uero, cum prohibet fieri, uelut cum praecipit, ne sine uitio possidenti uis fiat, neue in loco sacro aliquid fiat. unde omnia interdicta aut restitutoria, aut exhibitoria, aut prohibitoria uocantur. §. 141. Nec tamen cum quid iusserit fieri, aut fieri prohibuerit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresue it*ur*, et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid aduersus Praetoris edictum factum sit, uel an factum non sit, quod is fieri iusserit. et modo cum poena agitur, modo sine poena: cum poena, uelut cum per sponsionem ag*i*tur; sine poena, uelut cu*m* arbiter petitur. et quidem ex prohibitoriis interdictis semper

§. 138. Pr. I. de interd.
§. 139. *Quod tum maxime* etc. cit. pr. I. de interd.
§. 140. Conf. §. 1. I. de interd.
§. 141. *Et modo cum poena* etc. Conf. infra §. 162. sq.

tenderse igualmente respecto de las demas personas que se hallan bajo nuestra dependencia.

§. 136. Debemos advertir tambien que cuando procedemos contra una persona que ha prometido una cosa indeterminada, es preciso concebir la fórmula de tal manera que la prevencion venga á quedar inserta en lugar de la designacion (*demonstratio*) de este modo: SE JUEZ: POR CUANTO AULO AGERIO HA ESTIPULADO DE NUMERIO NEGIDIO UNA COSA INDETERMIDA, CUYO PLAZO ESTA CUMPLIDO, TODO LO QUE POR ESTA CAUSA DEBA DAR Ó HACER NUMERIO NEGIDIO EN FAVOR DE AULO AGERIO, etc.

§. 137. Si la reclamacion se dirige contra un *sponsor*, suele hacerse la prevencion en estos términos: TRATESE DE LA COSA INDETERMINADA QUE AULO AGERIO ESTIPULÓ DE LUCIO TICIO, SIENDO SPONSOR DE LA MISMA NUMERIO NEGIDIO, Y QUE YA SE ESTA EN EL CASO DE PODER EXIGIR. Y si contra un fiador en estos otros: TRATESE DE LA COSA INDETERMINADA SOBRE LA CUAL SE CONSTITUYÓ FIADOR DE LUCIO TICIO NUMERIO NEGIDIO, Y QUE YA SE ESTA EN EL CASO DE PODER EXIGIR. Mas abajo de ambas prevenciones se escribe en seguida la fórmula.

TITULO XVII.

De los interdictos.

§. 138. Resta que hablemos de los interdictos.

§. 139. En ciertas causas el pretor ó el procónsul interponen superiormente su autoridad para dar fin á la contienda, lo cual acontece con especialidad cuando se disputa entre algunas personas sobre la posesion ó cuasi-posesion de las cosas. Lo que en suma vienen á mandar estos magistrados, es que se haga ó deje de hacer alguna cosa, y las fórmulas de las palabras y las frases determinadas de que usan en estos casos, toman unas veces el nombre de decretos y otras el de interdictos.

§. 140. Llámanse decretos cuando mandan hacer algo, como, por ejemplo, mostrar ó restituir alguna cosa; é interdictos cuando encierran prohibicion de hacer, v. gr., la de causar violencia al que posee sin vicio alguno, ó la de hacer algo en un lugar sagrado. De aquí es que todos los interdictos ó se llaman restitutorios, ó exhibitorios ó prohibitorios.

§. 141. Mas no se crea que el negocio queda terminado al punto que se manda ó se prohibe hacer alguna cosa; por el contrario hay que acudir en seguida ante un juez ó ante recuperadores, y ventilar allí, presentadas las fórmulas, si se ha hecho ó dejado de hacer algo contra lo mandado ó prohibido en el edicto del pretor. Unas veces se siguen los procedimientos estipulando una pena, como cuando se procede por estipulacion judicial (*per sponsionem*), y otras sin estipular pena, como cuando se pide un árbitro. Suele actuarse siempre por estipulacion

per sponsionem agi solet; ex restitutoriis uero uel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae arbitraria uocatur.

§. 142. Principalis igitur diuisio in eo est, quod aut prohibitoria sunt interdicta, aut restitutoria, aut exhibitoria. §. 143. Sequens in eo est diuisio, quod uel adipiscendae possessionis causa comparata sunt, uel retinendae, uel reciperandae. §. 144. Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur bonorum possessori, cuius principium est QVORVM BONORVM: eiusque uis et potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis, quorum possessio alicui data est, pro herede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituatur. pro herede autem possidere uidetur tam is, qui heres est, quam is, qui *pu*tat, se heredem esse: pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem hereditariam, uel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere, possidet. ideo autem adipiscendae possessionis uocatur, quia ei tantum utile est, qui nunc primum conatur, adipisc*i* rei possessionem. itaque si quis adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse. §. 145. Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum, quod quidam possessorium uocant. §. 146. Item ei, qui publica bona emerit, eiusdem condicionis interdictum proponitur, quod appellatur sectorium, quod sectores uocantur, qui publice bona mercantur. §. 147. Interdictum quoque, quod appellatur Saluianum, apiscendae possessionis (*causa*) comparatum est, eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset. §. 148. Retinendae possessionis causa solet interdictum reddi, cum ab utr*a*que parte de proprietate alicuius rei controuersia est, et ante quaeritur, uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat: cuius rei gratia comparata sunt VTI POSSIDETIS et VTRVBI. §. 149. Et quidem VTI POSSIDETIS interdictum de fundi uel aedium possessio*ne* redditur, VTRVBI uero de rerum mobilium possessione. §. 150. Et siquidem de fundo uel aedibus interdicitu, eum potiorem esse Praetor iubet, qui eo tempore, quo interdictum redditur, nec ui, nec clam, nec precario ab aduersario possideat: si uero de re mobili, *tunc* eum potiorem esse iubet, qui maiore parte eius anni nec ui, nec clam, nec preca-

§. 142. §. 1. I. de interd.
§. 143. §. 2. I. de interd.
§. 144. §. 3. I. de interd. *cuius principium est* QVORVM BONORVM. Conf. Vlpianus, L. 1. pr. quor. bonor.
§. 146. *sectores uocantur* etc. Conf. Cicero, pro Roscio Amerino, cap. 36. Asconius, in Verrin. Lib. I, cap. 20. et 23. (ed a. 1675. pag. 84. et 88.) Festus sub voce Sectores.
§. 147. §. 3. I. de interd.
§. 148. §. 4. I. de interd.
§. 149. cit. §. 4. I. de interd.
§. 150. Conf. Paulus, Sent. recept. V, 6, §. 1. cit. §. 4. I. de interd.

judicial en los interdictos prohibitorios, mientras que en los restitutorios y exhibitorios ora se actua de este modo, ora por medio de una formula que se llama arbitral (*arbitraria*).

§. 142. Consiste, pues, la principal division de los interdictos en que unos son prohibitorios, otros restitutorios y otros por último exhibitorios.

§. 143. La segunda division se funda en que unos sirven para adquirir la posesion, otros para retenerla y otros para recuperarla.

§. 144. El interdicto de adquirir la posesion, que empieza por las palabras (QUORUM BONORUM), se ha concedido al poseedor de los bienes. Su efecto es que los que posean como herederos ó como poseedores algun objeto de una sucesion, lo restituyan á la persona que obtenga *la posesion de bienes*. Se considera que poseen como herederos no solamente los que lo son, sino tambien los que se juzgan tales; y como poseedores los que sin título alguno poseen un objeto hereditario ó toda la herencia, sabiendo que no les pertenece. Este interdicto se llama de adquirir la posesion, porque únicamente aprovecha al que intenta obtener por primera vez la posesion de una cosa, de modo que es completamente inútil para el que una vez obtenida la pierde.

§. 145. De la misma manera se concede tambien al comprador de los bienes un interdicto que algunos llaman posesorio.

§. 146. Concédese igualmente al comprador de bienes públicos un interdicto denominado *sectorio*, porque *sectores* es el nombre de los que compran dichos bienes.

§. 147. Tambien se ha concedido, para adquirir la posesion, el interdicto llamado Salviano, del cual usa el dueño de un fundo relativamente á los bienes del colono, cuando éste ha consentido en que sirviesen de prenda para la seguridad de las rentas.

§. 148. Suele concederse el interdicto para retener la posesion, cuando hay controversia entre ambas partes sobre la propiedad de alguna cosa, y se trata de saber ante todo cuál de los litigantes debe ser el poseedor y cuál el que debe reclamar, para cuyo efecto hay dos interdictos llamados UTI POSSIDETIS y UTRUBI.

§. 149. El interdicto UTI POSSIDETIS tiene lugar cuando se trata de la posesion de fundos ó edificios, y el UTRUBI cuando de cosas muebles.

§. 150. En el primero de estos interdictos declara el pretor con mejor derecho al que posee el fundo ó edificio en el momento de interponerse el interdicto, siempre que no haya sido violenta, clandestina ni precaria esta posesion; mas en el segundo, ó sea el que versa sobre cosas muebles, dá el pretor la preferencia al que en el mismo año las haya poseido mas tiempo

rio ab aduersario possed*it*: idque satis ipsis uerbis interdictorum significatur. §. 151. *At* in VTRVBI interdicto non sol*um s*ua *cui*que possessio prodest, sed etiam alteri*us*, quam iustum est ei acc*e*dere: uelut euis, cui heres extiterit; eiusque, a quo emerit, aut donatione acceperit. itaque si nostrae pos*s*es*s*ioni iuncta alterius iusta possessio exsuperat aduersarii possessionem, nos eo interdicto uincimus. nullam autem propriam possessionem habenti accessio temporis nec datur, nec dari potest: nam ei, quod nullum est, nihil accedere potest. set et si uitiosam habeat possessionem, id est, aut ui, aut clam, aut precario ab aduersario adquisitam, **non* *datur*: **nam ei possessio** sua nihil prodest. §. 152. Annus autem retrorsus numeratur. itaque si tu uerbi gratia anni mensibus possederis posterioribus V, et ego V prioribus, ego potior ero *********** mensium possessionis ** tibi in hoc interdicto **************************** §. 153. Possidere autem uidemur non so**lum si ip**si possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet i*s* nostro iur*i* subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus. per eos quoque, aput quos deposuerimus, aut quibus commodauerimus, aut quibus *gratuitam* habitationem *cons*tituerimus, ipsi possidere *u*idebimur. et hoc est, quod uolgo dicitur, retineri possessionem posse per quemlibet, qui nostro nomine sit in possessione. quinetiam plerique puta*nt*, animo **quoque retine**ri possessionem * nostrorum *************************************** animo solo quamuis ***************************** retinere *** uideamu*r*. apis**ci uero possessionem** *per* quos pos*simus*, secundo commentario rettulimus. nec ulla dubitatio est, quin animo *solo adipisci possessionem nemo possit*. §. 154. Recuperandae possessionis causa solet interdictum dari, si quis ui deiectus sit. nam ei proponitur interdictum, cuius principium **est**: VNDE TV ILLVM VI DEIECISTI: per quod is, qui deiecit cogitur ei restituere rei possessionem; si modo is, qui deiectus est, nec ui, nec **clam**, nec precario *****************. quodsi autem ui, aut clam, aut precario po*s*s*e*der*i*t ************** §. 155. Interdum tamen ***** ********************* ui, aut clam, aut precario possideret, cogeret restituere possessionem: uelut si armis eum ui deiecerim. nam Praetor *** omni modo ********************************* ——————

§. 152. Conf. Theophilus, IV, 15. §. 4. Paulus, Sent. recept. V, 6, cit. §. 1.

§. 153. §. 5. I. de interd. *secundo commentario rettulimus.* Vid. Commentar. II. §. §. 89. 90. 94. 95.

§. 154. *Recuperandae — — — possessionem.* §. 6. I. de interd. *cuius principium est* VNDE TV ILLVM VI DEIECISTI. Conf. Vlpianus, L. 1. pr. de vi. *si modo* etc. Conf. Fragm. legis Thoriae (ap. Goes. pag. 332.) Cicero, pro Caecina, cap. 31. et 32. ad Familiar. Lib. VII, epist. 13. Paulus, Sent. recept. V, 6, §. 7.

§. 155. Conf. Cicero, pro Caecina, cap. 8. et 32.

sin violencia, clandestinidad ni á título precario: todo lo cual se halla suficientemente indicado por las palabras mismas de estos interdictos.

§. 151. Mas debe tenerse presente que en el interdicto UTRUBI no solo sirve la posesion ejercida por uno mismo, sino tambien la ejercida por otro, cuando sea justo reunirlas. Así aprovecha, por ejemplo, al heredero la posesion de aquel á quien sucede, y al comprador ó donatario la de su vendedor ó donante. Por lo tanto, si unida nuestra posesion á la justa posesion de otro, esceden ambas á la ejercida por la parte contraria, se decide á nuestro favor el interdicto. Al que no ha ejercido por sí mismo posesion ninguna, no se concede ni puede concederse esta agregacion de tiempo, porque cuando no existe la cosa á que ha de agregarse otra, claro está que la agregacion es imposible. Tampoco puede esta recaer sobre una posesion viciosa, es decir, obtenida del adversario violenta, clandestina ó precariamente, porque al que posee de este modo, no le sirve de nada su posesion.

§. 152. El año se cuenta en sentido inverso, esto es, hácia atras, de manera que si yo, v. gr., hubiere poseido los cinco primeros meses del año y tú los cinco últimos, yo seré el preferido. . . . .

§. 153. No solamente poseemos por nosotros mismos, sino tambien por las personas que lo hacen á nuestro nombre, aun cuando no dependan de nosotros, como un colono, un inquilino; y tambien por los depositarios, comodatarios y aquellos á quienes hubiéremos concedido habitacion de balde. Por esto se dice vulgarmente que puede retenerse la posesion por cualquiera que la ejerza á nuestro nombre, y aun muchos juzgan que basta para ello la intencion de retenerla. . . . . Ya hemos espuesto en el segundo comentario por medio de qué personas podemos adquirir la posesion; para lo cual sin duda alguna no es solo bastante la intencion de hacerlo.

§. 154. Con frecuencia se concede tambien un interdicto para recuperar la posesion, cuando uno es despojado de ella á viva fuerza, por cuya causa comienza entonces el interdicto con las siguientes palabras: POR CUANTO TU LO DESPOJASTE VIOLENTAMENTE. El efecto de este interdicto es compeler al que causó el despojo para que restituya la posesion de la cosa, con tal empero que la ejercida por el despojado no fuese violenta, clandestina ni precaria. . . . . Porque si adoleciese de alguno de estos defectos. . . . .
. . . .

§. 155. Algunas veces, sin embargo, *puede suceder que el causante del despojo* sea compelido á restituir la posesion, *no obstante que la ejercida por el despojado* sea violenta, clandestina ó precaria. Tal es, por ejemplo, el caso en que se haya cometido el despojo por fuerza de armas, porque el pretor. . . .

———— ————. §. 156. Tertia diuisio interdictorum in hoc *est, quod aut* simplicia sunt, aut duplicia. §. 157. Simplicia *sunt* uelut in quibus alter actor, alter reus est. qualia sunt omnia restitutoria *aut* exhibitoria: nam actor est, qui desiderat aut exhiberi, aut restitui: reus is est, a quo desideratur, ut exhibeat, aut restituat. §. 158. Prohibitorium autem interdictorum alia duplicia, alia simplicia sunt. §. 159. Simplicia sunt, quibus prohibet Praetor, in loco sacro, aut in flumine publico, ripaue eius aliquid facere. nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat: reus is, qui aliquid facere conatur. §. 160. Duplicia sunt uelut VTI POSSIDETIS interdictum et VTRVBI. ideo autem duplicia uocantur, quia par utriusque litigatoris in his condicio est, nec quisquam praecipue reus uel actor intellegitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet: quippe Praetor pari sermone cum utroque loquitur. nam summa conceptio eorum interdictorum haec est: VTI NON POSSIDETIS, QVOMINVS ITA POSSIDEATIS, VIM FIERI VETO: item alterius: VTRVBI HIC HOMO, DE QVO AGITVR, APVD QVEM MAIORE PARTE HVIVS ANNI FVIT, QVOMINVS IS EVM DVCAT, VIM FIERI VETO.

§. 161. Expositis generibus interdictorum, sequitur, ut de ordine et de exitu eorum dispiciamus. et incipiamus a simplicibus. §. 162. Igitur (*cum*) restitutorium, uel exhibitorium interdictum redditur, uelut ut restituatur ei possessio, qui ui deiectus est, aut exhibeatur libertus, cui patronus operas indicere *uult*, modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo. §. 163. Namque si arbitrum postulauerit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur, arbitraria: nam iudicis arbitrio si quid restitui uel exhiberi debeat, id sine *poena* exhibet *uel* restituit, et ita absoluitur: quodsi nec restituat, neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur. sed actor *quoque* sine poena experitur cum eo, qui neque exhibere, neque restituere quidquam offert, *ni*si calumniae iudicium ei oppositum fuerit. ———— ———— ———— ————
*** calumniae iudicio ********************** quasi hoc ipso confessus uideat*ur, restituer*e se** uel exhibere debere. sed alio iure utimur; et recte ********************************** et arbitrum quisque ****************** §. 164. Obseruare debet is, qui *uolet arbitrum petere, ut ita* eum petat, antequam ex i*ure* exeat, id *est, ante*quam a* Praetore discedat: sero enim petentibus non

§. §. 156—159. §. 7. I. de interd.
§. 160. *Duplicia* — — — *sustinet*. §. 7. I. de interd. VTI — VETO. Vlpianus, L. 1. pr. uti possidetis. VTRVBI etc. Idem, L. 1. pr. de utrubi.
§. 161. Conf. §. 8. I. de interd.
§. §. 162. 163. Conf. supra §. 141.

. . . .

§. 156. La tercera division de los interdictos es en simples y dobles.

§. 157. Son simples aquellos en que una de las partes es actor y la otra reo. Tales son todos los restitutorios y exhibitorios, porque en estos es actor el que pretende la exhibicion ó la restitucion, y reo aquel de quien se pretende.

§. 158. Mas entre los interdictos prohibitorios hay unos que son simples y otros dobles.

§. 159. Son simples aquellos en que prohibe el pretor hacer alguna cosa en lugar sagrado, en un rio público ó en su orilla, porque en esta especie de interdictos es actor el que se opone á la ejecucion de la cosa, y reo el que pretende hacerla.

§. 160. Son, por ejemplo, dobles los interdictos UTI POSSIDETIS Y UTRUBI, y se llaman dobles porque en ellos es semejante la condicion de ambas partes, y ninguna de ellas es preferentemente actor ó reo, sino que ambas ejercen á la vez la personalidad del uno y del otro, y para ambas usa el pretor de unos mismos términos en la fórmula, porque la de estos interdictos es en resúmen la siguiente: PROHIBO QUE SE OS HAGA FUERZA PARA QUE NO POSEAIS DE LA MANERA QUE AHORA POSEIS; y así tambien la del otro: PROHIBO QUE SE HAGA FUERZA PARA QUE NO SE LLEVE AL HOMBRE DE QUE SE TRATA, CUALQUIERA DE VOSOTROS EN CUYO PODER ESTUVO LA MAYOR PARTE DE ESTE AÑO.

§. 161. Habiendo espuesto ya las diversas especies que hay de interdictos, síguese que examinemos sus trámites y terminacion, para lo cual empezaremos por los simples.

§. 162. Cuando se pronuncia en favor de alguno un interdicto restitutorio ó exhibitorio, para que se restituya la posesion, por ejemplo, al que de ella ha sido violentamente despojado, ó para la exhibicion de un liberto á quien su patrono quisiere imponer algun trabajo ó servicio, á veces es arriesgado seguir el pleito hasta su terminacion y á veces no.

§. 163. En efecto si el demandado pidiere un árbitro, se vale entonces de la fórmula llamada arbitral, pues si por decision del juez árbitro debe restituir ó exhibir la cosa, la exhibe ó restituye sin sufrir pena alguna y queda absuelto; pero si no efectúa dicha exhibicion ó restitucion, se le condena á pagar el valor de la cosa. Tampoco corre riesgo ninguno el actor que reclama contra el que resiste la exhibicion ó restitucion, á menos que no se le oponga la accion de calumnia. . . . . parezca confesar por ese mismo hecho que está obligado á exhibir ó restituir. Pero nosotros seguimos en la práctica otro principio; y con razon. . . . .

§. 164. El que quiera pedir un árbitro, debe tener buen cuidado de hacerlo antes de salir del tribunal (*ex jure*), es decir, antes de retirarse de la presencia del pretor, pues si lo hiciese despues, no se atendería su peticion.

indulgebitur. §. 165. Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur. nam actor prouocat aduersarium sponsione si contra edictum Praetoris non exhibuerit aut non restituerit: ille autem aduersus sponsionem aduersarii restipulatur. deinde actor quidem sponsionis formulam edit aduersario; ille huic inuicem restipulationis. sed actor sponsionis formulae subiungit et aliud iudicium de re restituenda uel exhibenda: ut, si sponsione uicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur ———————— ————————

———— ———— ———— ———— ————

———— aut denegantur *********************** ————

———— ———— ———— ***** §. 166. res ab eo fructus licitando * tantisper in ******************* aduersario suo fructuaria stipulatione ******* potestas haec ********************* ********************************* adversarios qui ************** contentio fructus licitationis est, scilicet quia ************** esse *** tantisper ************ uendit ************* postea alter alterum sponsione prouocat: QVAE ADVERSVS EDICTVM PRAETORIS INTERDICENTIS NOBIS FACTA ESSENT INVICEM SI NON RESTITVANTVR. adversus sponsionem uel ****************** cum una inter eos sponsio ********* stipulatio **** ***** fit ****** ************* ************** fundo ** ****** ***************************** restitui ******************** iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, (quod) Praetor interdicto complexus est, id est, uter eorum cum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redderetur, nec ui, nec clam, nec precario, possederit. cum iudex id explorauerit, et forte secundum me iudicatum sit, aduersarium quidem et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat, et convenienter me sponsionis et restipulationis, quae mecum factae sunt, absoluit, et hoc amplius, si aput aduersarium meum possessio est, quia is fructus licitatione uicit, nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano siue secutorio iudicio condemnatur. §. 167. Ergo is, qui fructus licitatione uicit, si non probat, ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summam poenae nomine soluere, *et* praeterea possessionem restituere iubetur: et hoc amplius fructus, quos interea percepit, reddit. summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine soluitur, quod quis alienam possessionem per hoc tempus retinere et facultatem fruendi nancisci conatus est. §. 168. Ille autem, qui fructus licitatione uictus est, si non probat, ad se pertinere possessionem, tantum sponsionis et restipulationis summam poenae nomine debet. §. 169. Admonendi tamen sumus, liberum esse ei, qui fructus licitatione uictus erit, omissa fructuaria stipulatione, sicut Cascelliano siue secutorio iudicio de possessione reciperanda experitur, ita *********** de fructus licitatione agere: in quam rem proprium iudicium comparatum est, quod appellatur fructua-

§. 165. Por lo tanto si el demandado no pidiere juez árbitro, saliendo en silencio de la pretorial presencia, se espone á correr riesgos en la terminacion del pleito, porque el actor le provoca por medio de la estipulacion judicial, si contra lo dispuesto en el edicto del pretor no exhibe ó restituye la cosa, y él á su turno restipula del actor lo contrario. Despues este último le presenta la fórmula de la estipulacion judicial, y él en cambio opone al actor la fórmula de la restipulacion. Empero este une á la fórmula de la estipulacion judicial (*sponsionis*) otra accion para la exhibicion ó restitucion de la cosa; de manera que si triunfa en la primera fórmula, á menos que no se le exhiba ó restituya el objeto en cuestion. . . . .

§. 166. . . . .

(*Hic duæ paginæ integræ et fere septem lineæ desunt.*)

. . . . el juez ante quien se sigue este negocio, examina cuidadosamente lo comprendido por el pretor en el interdicto, es decir, cuál de las dos partes, al interponerse este, poseia el fundo ó edificio de que se trata sin violencia, clandestinidad ó título precario. Averiguado ya este punto por el juez, si fallare á mi favor, condena á mi adversario en las sumas de la estipulacion (*sponsio*) y restipulacion que hice con él, y al mismo tiempo me absuelve de las que él hizo conmigo, condenando ademas á la otra parte en el juicio casceliano ó secutorio, si no me restituye la posesion, caso de hallarse ejerciéndola, por haberla ganado en la puja de los frutos (*fructus licitatione*).

§. 167. Si el que ganó la puja de los frutos no prueba que la posesion le pertenece, se le ordena que la restituya, ademas de exigirle á título de pena la suma de la estipulacion judicial y de la restipulacion, teniendo que devolver juntamente los frutos que entretanto hubiere percibido; porque la suma de la puja de los frutos no se considera como el precio de estos, sino como una pena por haber procurado retener durante ese tiempo una posesion que no le correspondia, y adquirir el derecho de fructuario.

§. 168. Empero el vencido en la puja de los frutos solo debe pagar á título de pena la suma de si no llega á probar que la posesion le corresponde.

§. 169. Debemos advertir, sin embargo, que si se ha omitido la estipulacion fructuaria, queda libre el vencido en la puja de los frutos, como sucede en el juicio casceliano ó secutorio concedido para recuperar la posesion. . . . .
. . . . para lo cual hay un juicio propio que se llama

rium, quo nomine actoris satis accipiatur. dicitur autem et hoc iudicium secutorium, quod sequitur sponsionis uictoriam: sed non aeque Cascellianum uocatur. §. 170. Sed quia nonnulli, interdicto reddito, cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, Praetor ****************** comparauit interdicta — — — — — — — — — — ********************* et cetera ex interdicto ***. — — — — — — — — ** sine causa ****************************** — — — — — — — — — — ****************************** fuerint **** — — — — — — — — — — — — — — — — *** sponsori ****************************** *** — — — — — — — — — — *********** etiam juris **************** — — — — — — — — §. 171. **** dupli **************** uelut si iudicati, aut depensi, *aut* dam*n*i ini*u*ria*e*, aut *legatorum per damnatio-nem relictorum nomine* agitur: ex quibusdam causis sponsionem facere permittitur, uelut de pecunia certa credita et pecunia constituta: sed certae quidem credita*e* pecuniae tertiae partis; constitutae uero pecuniae partis dimidiae. §. 172. Quodsi *neque sponsionis, neque* dupli *actionis* periculum *ei*, cum quo agitur, coniungatur, a*c* ne statim *qui*dem ab initio pluris quam simpli sit actio, permittit Praetor, iusiurandum exigere, non calumniae causa *se* in*fitias* i*re*. unde quamuis heredes, uel qui heredum loco *ha*bentur, *du*p*l*i non amplius obligati sunt, item feminis pupillisque *remitti* sole*t* poe*na* sponsionis; i*u*be*t* tamen eos iu*rare*. §. 173. Statim aute*m* ab initio pluris quam simpli actio est uelut furti manifesti quadrupli, nec manifesti dupli, concepti et oblati tripli. nam ex his causis et aliis quibusdam, siue quis neget, siue fateatur, pluris quam simpli est actio.

§. 174. Actoris quoque calumnia coercetur: modo calumniae iudicio; modo contrario; modo iureiurando, modo restipulatione. §. 175. Et quidem calumniae iudicium aduersus omnes actiones locum habet, et est decimae partis *causae*; aduersus interdicta aut*em* quartae partis causae. §. 176. Liberum est i*ll*i,

§. 171. *uelut — agitur.* Conf. supra §. 9. et loci ibi allegati. item §. 1. I. de poena temere litigant. *sponsionem facere permittitur de pecunia certa credita tertiae partis.* Conf. Cicero, pro Roscio Com., cap. 4. 5. item supra §. 13.

§. 172. *permittit Praetor — ire.* Conf. cit. §. 1. I. item Paulus, L. 44. §. 4. fam. hercisc.

§. 173. cit. §. 1. I. de poena temere litigant. *uelut furti — — tripli.* Conf. supra Commentar. III. §. §. 189—191.

§. 174. *Actoris — coercetur.* §. 1. I. de poena temere litigant. *iureiurando.* Conf. loc. cit.

§. 175. *Et — — decimae partis causae.* Conf. cit. §. 1. I. de poena temere litigant. Consultatio, cap. 6. (Vid. Ius civ. Antejust. pag. 1485. et 1486.) Nov. 112. cap. 2.

fructuario, en cuya virtud se recibe caucion del actor. Tambien se llama secutorio este juicio, porque sigue ó viene despues de haber ganado la puja de los frutos; pero no recibe como el otro el nombre de casceliano.

§. 170. Mas porque algunos, despues de pronunciado ya el interdicto, no querían ejecutarlo en todas sus disposiciones, resultando de aquí el entorpecimiento del pleito, el pretor. . . .
. . . .

(*Hic quatordecim lineæ desunt.*)

TITULO XVIII.

De las penas en que incurren los litigantes temerarios.

§. 171. . . . . por ejemplo en las acciones llamadas de lo juzgado (*judicati*), de lo gastado (*depensi*), de daño causado injustamente (*damni injuriæ*), ó cuando se reclama un legado hecho por condenacion. Se permite hacer uso de la estipulacion judicial en ciertas causas, como cuando se trata de prestamo de cantidad cierta, ó de dinero cuyo pago se ha fijado para cierto dia (*pecunia constituta*); pero sin esceder en el primer caso la tercera parte del préstamo ni la mitad del dinero en el segundo.

§. 172. Mas cuando no se hacen correr al demandado los riesgos de la estipulacion judicial ni de la accion al duplo, y desde luego se limita la accion al simple valor de lo reclamado, permite el pretor que se exija al demandado juramento de no negar maliciosamente. Y aunque los herederos y los que hacen veces de tales, no puedan ser obligados á mas del duplo, y por otra parte sea costumbre perdonar la pena de la estipulacion judicial á las mujeres y á los pupilos, manda no obstante el pretor que presten juramento.

§. 173. Hay ciertas acciones que tienden á conseguir mas del simplo desde el punto en que comienzan; como la del hurto manifiesto que se estiende al cuádruplo, la del no manifiesto al duplo y al triplo la de los hurtos descubierto (*conceptum*) y transmitido (*oblatum*); porque en estos casos y en algunos otros la accion pasa siempre del simplo, ya sea que niegue ó que confiese el reo.

§. 174. Tambien hay medios de reprimir la malicia ó cavilosidad (*calumnia*) del actor, y son: la accion llamada de calumnia, la accion contraria, el juramento y la restipulacion.

§. 175. La accion de calumnia puede oponerse á todo género de acciones, y asciende á la décima parte del valor de lo que se litigue, y á la cuarta parte si se trata de interdictos.

§. 176. Queda al arbitrio del demandado oponer al actor la

cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere, aut *iusiurandum* exigere/ non calumniae causa agere. §. 177. Contrarium autem iudicium ex certis causis constituitur: uelut si iniuriarum agatur; et si cum muliere eo nomine agatur, quod dicatur uentris nomine in possessionem missa dolo malo ad alium possessionem transtulisse; et si quis eo nomine agat, quod dicat, se a Praetore in possessionem missum ab alio quo admissum non esse. sed aduersus iniuriarum quidem actionem decimae partis datur; aduersus uero duas istas quintae. §. 178. Seuerior autem coercitio est per contrarium iudicium. nam calumniae iudicio x. partis nemo damnatur, nisi qui intellegit, non recte se agere, sed uexandi aduersarii gratia actionem instituit, potiusque ex iudicis errore, uel iniquitate uictoriam sperat, quam ex causa ueritatis: calumnia enim in adfectu est, sicut furti crimen. contrario uero iudicio omnimodo damnatur actor, si causam non tenuerit; licet alia opinione inductus crediderit, se recte agere. §. 179. Vtique autem ex quibus causis contrario iudicio agere potest, etiam calumniae iudicium locum habet: sed alterutro tantum iudicio agere permittitur. qua ratione si iusiurandum de calumnia exactum fuerit, quemadmodum calumniae iudicium non datur, ita et contrarium dari non debet. §. 180. Restipulationis quoque poena ex certis causis fieri solet. et quemadmodum contrario iudicio omnimodo condemnatur actor, si causam non tenuerit, nec requiritur, an scierit, non recte se agere; ita etiam restipulationis poena omnimodo damnatur actor. §. 181. **** si ab actore *** restipulationis poena petatur, ei neque calumniae iudicium opponitur, neque iurisiurandi religio iniungitur. nam contrarium iudicium **in** his causis locum non habere, palam est.

§. 182. Quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt: uelut furti, ui bonorum raptorum, iniuriarum; item pro soc**io*, *tutelae*, *man*dati, depositi. sed furti, aut ui bonorum **raptorum, aut iniuriarum non solum** damnati notantur ignominia, sed et**iam pacti** ***************** scriptum est. et recte: plurimum **enim interest, utrum ex delicto** aliquis, an ex contractu debitor **sit** ***** illa parte edicti id ipsum ************************* ***** ——————————————————————————— ******** ************************** fid*eiusso*rio nomine iudicio conuenitur. etenim ******************

§. 176. Conf. infra, §. 179.
§. 178. *sicut furti crimen.* Conf. supra Commentar. III. §. §. 197. et 208.
§. 179. *quemadmodum calumniae iudicium non datur.* Conf. supra §. 176.
§. 180. Conf. supra §. 13. item Consultatio, cap. 6. (Vid. Ius civ. Antejust. p. 1488.)
§. 182. §. 2. I. de poena temere litigant.

accion de calumnia, ó bien exigirle juramento de que no procede maliciosamente ó con temeridad.

§. 177. La accion contraria se admite en ciertas causas, como cuando se entabla la accion de injurias; cuando se procede contra una mujer por haber transferido dolosamente á otra persona la posesion adquirida en calidad de madre; y cuando uno pretende que puesto en posesion por el pretor, no ha sido admitido por un tercero. Pero hay que advertir que contra la accion de injurias se estiende este juicio á la décima parte y en los otros dos casos á la quinta.

§. 178. La represion es mas severa en la accion contraria que en la de calumnia, porque en esta última no se condena en la décima parte sino al que entabla su accion sabiendo que es injusta, solo para vejar á su adversario, y esperando conseguir el triunfo mas bien por un error ó iniquidad del juez, que por el camino de la verdad; pues la malicia ó temeridad, lo mismo que el hurto, consisten en la intencion, al paso que cuando se entabla la accion contraria, es siempre condenado el actor si no gana el pleito, por mas que de buena fé haya creido que su accion era justa.

§. 179. En todas aquellas causas donde puede tener lugar la accion contraria, se admite igualmente la de calumnia; pero solo es permitido proceder por una de las dos y no por ambas. Por lo tanto si se ha exigido el juramento de calumnia, de la misma manera que no procede ya en este caso la accion del mismo nombre, tampoco debe concederse la accion contraria.

§. 180. Tambien la pena de la restipulacion se dá por causas determinadas, y á la manera que en la accion contraria sale siempre condenado el actor que no gana el pleito, por mas que de buena fé creyera justa su accion, así sucede tambien con la pena de la restipulacion.

§. 181. . . . . si por el actor. . . . . se reclama la pena de la restipulacion, no puede oponérsele la accion de calumnia ni exigirle el juramento, porque en estas causas claro es que no puede tener lugar la accion contraria.

§. 182. En ciertos juicios recae la nota de infamia sobre el condenado. Tales son los de hurto, robo ó rapiña, injurias y tambien los de sociedad, tutela, mandato, depósito. Pero en los tres primeros se incurre en la nota de infamia no solo cuando media condenacion, sino tambien cuando transigieren las partes. . . . . Y con razon, porque hay gran diferencia entre la obligacion que nace de un delito, y la que se deriva de un contrato. . . . .
. . . .

(Hic fere octo lineæ desunt.)

§. 183. In summa sciendum est, eum, qui ****************** agere et eum, qui uocatus est, ********************* ——————— ——————— ——————— ——————— ****** patrono et liberto *** ***************** et in eum, qui aduersus ea egerit, poena constituta est. §. 184. Qui autem in ius uocatus fuerit (ab) aduersario, ni eo die finiuerit negotium, uadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti. §. 185. Fiunt autem uadimonia quibusdam ex causis pura, id est, sine satisdatione; quibusdam cum satisdatione; quibusdam iureiurando; quibusdam recuperatoribus suppositis, id est, ut qui non steterit, is protinus a recuperatoribus in summam uadimonii condemnetur: eaque singula diligenter Praetoris edicto significantur. §. 186. Et siquidem iudicati depensiue agetur, tanti fiet uadimonium, quanti ea res erit: si uero ex ceteris causis, quanti actor iuraverit non calumniae causa postulare sibi uadimonium promitti; nec tamen pluribus, quam sestertium L milibus fit uadimonium. itaque si centum milium res erit, nec iudicati depensiue agetur, non plus quam sestertium quinquaginta milium fit uadimonium. §. 187. Quas autem personas sine permissu Praetoris inpune in ius uocare non possumus, easdem nec uadimonio inuitas obligare possumus, praeterquam si Praetor aditus permittit.

§. 183. Conf. §. ult. I. de poena temere litigant. item supra §. 46. infra §. 187.
§. 184. Conf. Commentar. III. §. 224.
§. 187. Conf. supra §. 183.

COMMENTARII QUARTI FINIS.

TITULO XIX.

De la citacion y de la promesa de comparecer en juicio (vadimonio).

§. 183. Debe saberse por último que aquel que. . . . . . .
. . . .

§. 184. Cuando uno fuere convocado á juicio por su adversario, y no terminare el negocio en aquel dia, debe hacérsele que prometa volver á comparecer tal dia.

§. 185. En ciertas causas la promesa de comparecer en juicio (*vadimonium*) se hace pura y simplemente, es decir, sin caucion; en otras con ella; otras veces con juramento; y otras por último se supone el nombramiento de recuperadores, esto es, se comprometen las partes á que aquella que no compareciere, sea condenada al punto por los recuperadores á pagar la suma estipulada. Todo lo cual se halla cuidadosamente especificado en el edicto del pretor.

§. 186. En las acciones llamadas de lo juzgado (*judicati*), de lo gastado (*depensi*), la suma correspondiente á la promesa de comparecer en juicio asciende al valor de la cosa en cuestion; mientras que en las demas causas lo determina el actor jurando que en ello no procede de malicia, y sin poder señalar nunca mas de cincuenta mil sestercios. Por lo tanto no procediéndose por la accion de lo juzgado ó de lo gastado, aunque el objeto en cuestion valga cien mil sestercios, no puede esceder de cincuenta mil.

§. 187. Respecto de las personas que no podemos citar á juicio sin permiso del pretor, necesitamos igualmente de la misma autorizacion para obligarlos por la promesa de comparecer en juicio.

FIN DEL COMENTARIO CUARTO.

NOTAS

DEL COMENTARIO CUARTO.

§. 10. Para comprender bien este párrafo, es indispensable formarse una idea del modo con que nacieron las acciones de las fórmulas, y del órden que observó en su desarrollo esta parte de la legislacion. Primero es la ley, 1.º LEX: despues las acciones de la ley que tenian su orígen en ella, y se habian formado á su imitacion: de aquí estas palabras: *Legibus proditæ erant* (Gajus, IV, §. 11), *agere lege* (*Idem.* §. 12). Las acciones son en número de cinco: Gayo se ocupa de ellas desde el §. 11 hasta el 30 esclusive. Vienen últimamente las fórmulas introducidas por la ley Æbutia, las cuales tambien eran llamadas *concepta verba* (*Ibid.* §. 30).

Las fórmulas se dividen en tres clases: 1.º fórmulas imitadas de las acciones de la ley: *quæ ad legis actionem exprimuntur* (test.). Se las nombraba ficciones, *ficta verba*; tal era la *pignoris capio fictiva*, de que se trata en el §. 32, la cual imitaba la accion de la ley *pignoris capio*, concedida al cobrador de las rentas públicas (*Gaius*, IV, §. 28). 2.º Fórmulas que valian por sí mismas, *quæ sua vi ac potestate constant* (test.). Tales son las acciones enumeradas en el §. 33, *commodati*, *fiduciæ*, *negotiorum gestorum*, etc., etc. La condicion aun cuando tenga el nombre de una accion de la ley así nombrada, no es sin embargo imitacion de esta accion: *nulla formula ad condictionis fictionem exprimitur* (*Gaius*, IV, §. 33). 3.º En fin, fórmulas ficticias introducidas por el pretor para imitar por medio de ellas ciertas fórmulas del derecho civil, las cuales enumera Gayo desde el §. 34 hasta el §. 38 inclusive.

Antes del descubrimiento de la Instituta de Gayo cuasi ignorábamos todo lo relativo á esta materia. Los autores que se han ocupado de ella aprovechándose de los conocimientos que suministra la obra de Gayo, son: *Everard. Dupont*: Disquisitiones in Commentarium IV. Institutionum Gaii, etc. Lugd. Bat. 1822. *Unterholzner*, Conjecturæ de supplendis lacunis quæ in Gaii institutionum Commentario IV. occurrunt, Vratislao, 1823—*Bur-*

nouf. De re judicata, París, 1824—*Van Eerde*, Specimen juridicum de legis actionibus, Groning. 1824—*Berriat-Saint-Prix*, Historia del derecho romano, París, 1821—*Laurens Elisa Ram*, Specimen antiquario-juridicum de legis actionum origine et progressu.

§. 13. Sacramentum dictum est eo quod, propter ærarii inopiam et sacrorum publicorum multitudinem haec pecunia in rebus divinis consumebatur.

«Ex pecunia, *dit Varron* (de ling. latin., lib. IV, c. 36), quæ in judicium venit in litibus, sacramentum a sacro dicitur. Qui petebat et qui infitiabatur de aliis rebus, uterque quingentos asses æris ad pontificem deponebant; de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium. Qui judicio vicerat, suum sacramentum a sacro auferebat, victi ad aerarium redibat.»

Instituyendo el *sacramentum*, los romanos se propusieron poner un freno á la temeridad de los litigantes.

§. 15. Teste Valerio Probo, judicis postulatio his verbis fiebat: *Prætor judicem arbitrumve postulo uti des.* P. I. A. V. P. V. D.

§. 16. Secundum suam causam. «*Causa est omnis utilitas circa rem emergens.*» dice Pothier (*Pandect., de usuris et fructibus*, XXII. I. n.º 1). *Causa* comprende tambien la obligacion de entregar la cosa con todo aquello de que se ha aprovechado el poseedor. (*Pap.* fragm. 2 de usur. et fruct. 22-1; *Ulp.* fragm 17; *Gaius*, fragm. 20 de rei vind., 6-1; *Paul.* fragm. 3, de reb. cred., 12-1.)

Los intérpretes habian disputado mucho sobre el sentido de la palabra *festuca*. (*Heinec. Syntag.*, IV, 6, 24.)

«Prædes, teste Asconio, dicuntur satisdatores locupletes pro re, de qua apud judicem lis est, ne interea qui tenet, diffidens causæ, possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores, et culta deserat.»

§. 21. *Judicatus sive damnatus es*, etc. *Judicatus*. Cuando despues de haber uno comparecido ante el juez, se habia pronunciado la sentencia, tambien se aplica al deudor adjudicado al acreedor por sentencia judicial. Gayo cita un ejemplo (III. §. 199).

§. 28. Algunos editores han querido llenar este vacío con la palabra *Plœtoria*. Es imposible aclarar nada un punto tan oscuro, ni fijar por consiguiente la época en que se introdujo la *pignoris capio*.

§. 31. Despues de *centumvirale judicium* debe agregarse: *locum habet: nam cum*, etc.

Las causas mas importantes se decidian por el tribunal de los centumviros, los cuales por mas que tuviesen este nombre, eran ciento cinco, en razon á que se elegian tres de cada una de las treinta y cinco tribus.

Damnum infectum. Damnum infectum est damnum nondum factum quod futurum veremur. *Gaius*, lib. 28, *ad edict. provinc.*

§. 35. Sobre el *bonorum emptor* véase á Gayo III, §. 77 al 80.

El pretor Publio Rutilio, cónsul en 648, estableció la venta de los bienes pertenecientes ya á vivos ya á muertos. El testo no hace ninguna distincion (*Frag. Vatic., p.* 1, *lin.* 7). Segun Hugo esta accion fué establecida hácia el año de 646, antes por consiguiente de la ley *Julia de bonorum cessione* (V. Burnouf, *de re judicata*, p. 55.

§. 37. Segun el parecer del sábio Unterholzner, la palabra *Dionis* es un

nombre extranjero cualquiera; los nombres que siguen, han sido interpretados por *civis reipublicæ Massiliensis.*

§. 44. Se habia concluido del §. 13 *de actionibus* de la Instituta de Justiniano que las acciones *prejudiciales* versaban sobre asuntos de Estado (V. *Heinec. Syntag.*). El *præjudicium* corresponde cuasi al juicio interlocutorio. (*Conf. Gaium*, III, §. 123; *Ulp.* fragm. 12 *de except.*, 41—1; *Theoph.*, IV, 6, §. 13.)

Verba *vel adjudicatione*, quæ in fine hujus §. inveniuntur, jam olim offenderunt Niebuhrium et Brinckmannum. Nuper in disceptationem vocata sunt ab Unterholznero, qui sic legendum existimat: item condemnatio *vel adiudicatio* sine demonstratione uel *intentione nullas* uires *habent.* Equidem malim: item *adiudicatio* uel condemnatio sine demonst. uel intent. null. uir. habet. *Nota de Goeschen.*

§. 80. In fine, despues de las palabras: *subjectæ non essent, ueneunt,* M. Dupont propone suplir la falta del manuscrito por: *sed cum rescissa est capitis diminutio, ex imperio continenti judicio agitur.*

§. 88 et seq. Hic titulus merito præcedentibus subjicitur; cum satisdationes ex actionibus in rem vel in personam, prouti proprie vel alieno nomine actum sit, diverse concipiantur. *Dupont.*

§. 95. In fine, *propter legem.....* De lege Papiria in explicando hoc loco cogitaverunt etiam Dirksen, et Unterholzner. Hushkio vero legendum videtur *Crepereiam* vel *Crepeream.* Quantum ad nomen Crepereius sive Crepereus (?) conferendi sunt Cicero, in Verrem, act. 1.ª, cap. 10. Tacit. annal. ib. XIV, cap. 5. Juvenal., satyr. IX, V, VI. Marini, Gli Atti e monumenti de' Fratelli Arvali, part. 11, p. 655. Item inscriptio L. 11. C. Theod. de divers. rescript. *Nota de Goeschen.*

§. 104. *In fine.* Hanc locutionem *litem mori*, a veterum ICterum usu non alienam fuisse, probant L. 3. §. 1. Quæ in fraud. credit. et L. 2. Judicat. solvi.

§. 106. Puenden consultarse acerca del verdadero sentido de las palabras *ipso jure* las obras siguientes: Mr. Burnouf, *tesis de re judicata*, p. 26, 27 et 28; Temis, tom. 6, p. 463; y las Institutas esplicadas por Mr. Ducaurroy, tom. 3, p. 14, n.º 961.

§. 138. En materia de interdictos véanse el Tratado de la posesion de Savigny (*das recht. des besitzes*, etc.), los artículos sobre esta misma obra que Mr. Warnkœnig ha publicado en la Thémis, tom. 3, pag. 224 y 445; tom. 4, pag. 234; tom. 5, pag. 345; y las *Disquis. in Comm.* IV. *Gaii* de *Dupont.*

La hoja suelta donde se trata de los interdictos, fué la que en 1816 condujo á Niebuhr al descubrimiento de toda la Instituta de Gayo.

§. 146. SECTORES apud Romanos erant homines, qui universa bona damnati emebant, ut ea dein populo divenderent: sectores confundendi non sunt cum obœrati bonorum emptoribus, sicuti ab interpretibus hactenus factum est. *Dupont*, Disquisit., p. 159.

§. 152. En este pasaje cometió precisamente el copista alguna falta, porque Gayo ha debido decir: *Itaque si tu verbi gratia anni mensibus possederis posterioribus quinque et ego* VII *prioribus*; y así es como nosotros hemos restablecido el testo.

§. 160. Theophilus sic in sua paraphrasi hujus formulæ conceptionem commentatus est: «Itaque et Prætor in interdicendo media quadam enunciatione usus est, neque hunc, neque illum ex verbis suis actorem faciens Nam in interdicto UTI POSSIDETIS, in hæc verba loquitur: UTI POSSIDETIS, QUOMINUS POSSIDEATIS VIM FIERI VETO, nec dixit, UTI POSSIDES: ne ad unum sermonem suum dirigere videretur. In interdicto quoque UTRUBI, his verbis usus est, UTRUBI VESTUM SERVUS ILLE, DE QUO AGITUR, MAJORE PARTE HUIUS ANNI FUERIT, QUOMINUS IS EUM DUCAT, VIM FIERI VETO. Vide quomodo et hic dixerit *utrubi*, id est, apud utrum, neque dixerit apud te.»

§. 166. Fructus licitatio, dice Dupont, hactenus incognita, erat stipulatio quædam, qua duo litigantes circa possessionem fundi, vel ædium vel rerum mobilium, inter se contendebant, ut eorum quis nancisceretur facultatem fruendi, eoque interim possidendi, offerendo majorem pecuniæ summam, quam perderet, si sponsione victus esset. Vid. FESTUS sub. voce *licitatio.*

La *licitatio fructus* era probablemente una venta en subasta de la posesion durante el litigio, porque en Roma poseer ofrecia grandes ventajas, aun cuando no fuese mas que por la usucapion. Por eso el que daba un precio mayor, gozaba de esta posesion. Sin embargo, sería un error creer que aquel á quien era adjudicada, no debiese volver los frutos percibidos durante el litigio, caso de que fuese vencido. Esta adjudicacion no era otra cosa que una nueva pena añadida á la de la *sponsio* ó de la *restipulatio.*

§. 175. Al fin de este párrafo en lugar de *quartæ* Dupont propone leer *quintæ.* Véanse los fundamentos de su opinion en su tesis, p. 137 y siguientes.

FIN DE LAS NOTAS DEL COMENTARIO CUARTO Y ULTIMO.

ARGVMENTORUM SERIES.

COMMENTARIVS I.

COMMENTARIVS II.

COMMENTARIVS III.

COMMENTARIVS IV.

FINIS.